

DOMSTOLENES KONTROLL MED FAKTUM I FORVALTNINGSSAKER

Særlig om tidspunktet for faktumfastleggingen



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 762

Leveringsfrist: 25. april 2011

Til sammen 17 647 ord

25.4.2011

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstillingen – utvalgte spørsmål ved domstolskontroll med bedømmelse av fakta i forvaltningssaker	1
1.2	Generelt om domstolskontroll med forvaltningens enkeltvedtak.....	2
1.2.1	Inndeling og begrepsbruk	2
1.2.2	Hjemmelsspørsmålet.....	2
1.2.3	Hensiktsmessighetsskjønnet	4
2	OM FAKTA OG FAKTAKONTROLL	5
2.1	Hva menes med fakta.....	5
2.1.1	Innledning	5
2.1.2	Fakta sammenliknet med regeltolking og subsumsjon	5
2.1.3	Fakta og skjønn.....	7
2.1.4	Fakta og bevis	8
2.2	Hva omfatter domstolenes kontroll med fakta?	10
2.3	Sammenlikning av faktakontrollen og subsumsjonskontrollen.....	11
3	PROSESSUELLE SKRANKER	13
3.1	Innledning	13
3.2	Adgangen til å påberope nye omstendigheter – prosessuell preklusjon.....	13
3.3	Rettens adgang til å ta hensyn til nye omstendigheter	18

4	TIDSPUNKTET FOR FAKTUMFASTLEGGINGEN VED DOMSTOLSPRØVING AV FORVALTNINGSVEDTAK	20
4.1	Innledning	20
4.1.1	Problemstillingen og rettskildene	20
4.1.2	Klageorganets mulighet til å bygge på nye omstendigheter	21
4.1.3	Rett eller plikt for domstolene til å ta hensyn til nye omstendigheter?	22
4.2	De lege lata	24
4.2.1	Innledning	24
4.2.2	Ekspropriasjon	26
4.2.3	Utlendingsrett	26
4.2.4	Trygderett.....	38
4.2.5	Tvangssaker	39
4.2.6	Advokatbevilling	39
4.2.7	Legeautorisasjon	40
4.2.8	Oppsummering av rettspraksis	41
4.3	Rettspolitisk vurdering	42
4.3.1	Materielt riktig resultat	42
4.3.2	Domstolenes rolle	43
4.3.3	Omgjøring.....	44
4.3.4	Oppsummering og overgang til noen unntaksregler.....	46
4.3.5	Om saker hvor domstolene har lovbestemt full kompetanse.....	47
4.3.6	Om forholdet til realitetsdom.....	47
4.3.7	Konklusjon.....	49
5	VILKÅR FOR AT FEIL FAKTA SKAL FØRE TIL UGYLDIGHET	50
5.1	Generelt.....	50
5.2	Særlig om prognosepregede fakta	54
5.3	Ugyldighetsvirkningen – ex nunc eller ex tunc?	56

6	REGISTRE	58
6.1	Litteratur	58
6.2	Rettspraksis	60
6.3	Forarbeider	62

1 Innledning

1.1 Problemstillingen – utvalgte spørsmål ved domstolskontroll med bedømmelse av fakta i forvaltningssaker

Temaet for denne avhandlingen er noen utvalgte spørsmål ved domstolenes prøving av faktum i saker om enkeltvedtaks gyldighet. Hovedproblemstillingen er hvilket tidspunkt som legges til grunn for faktumfastleggingen ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak (kapittel 4). I tillegg drøfter jeg vilkårene for at feil fakta fører til ugyldighet (kapittel 5).

Når det gjelder tidspunktet for faktumfastleggingen, er spørsmålet om domstolene skal legge til grunn faktum slik det var på vedtakstidspunktet, eller faktum slik det er på domstidspunktet. Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er antatt å være vedtakstidspunktet.¹ Det er flere eksempler fra rettspraksis som likevel legger domstidspunktet til grunn, også kalt en nåtidsvurdering. Det reiser for det første spørsmålet om hvorvidt man kan operere med en hovedregel om vedtakstidspunktet. Dersom det er tilfellet, er spørsmålet når domstidspunktet unntaksvis legges til grunn. I kapittel 4 vil jeg i tillegg til å gjennomgå rettspraksis også drøfte problemstillingen i et rettspolitisk perspektiv.

Den vanligste formen for domstolskontroll med forvaltningsvedtak er ugyldighetssøksmål.² Spørsmålet er da om vedtaket skal oppheves som ugyldig. Tidspunktet for faktumfastleggingen får betydning for hvilket faktum domstolene legger til grunn i sin kontroll med vedtaket. Det innebærer imidlertid ikke at enhver forskjell i forvaltningens og domstolenes vurdering av faktum fører til ugyldighet. Spørsmålet i kapittel 5 er derfor hva som er vilkårene for at feil i faktum fører til ugyldighet (både for rettsanvendelsen og skjønnsutøvelsen).

¹ Se for eksempel Rt. 2007 s. 1815, avsnitt 33.

² Domstolene kan kontrollere forvaltningsvedtak også i andre sammenhenger, som for eksempel prejudisielt ved erstatningssøksmål og i straffesaker. I denne oppgaven avgrenser jeg imidlertid til saker hvor forvaltningsvedtaket i seg selv er tvistegenstand, typisk ugyldighetssøksmål (men unntaksvis også såkalt realitetsdom, se nedenfor).

Før disse spørsmålene drøftes nærmere er det imidlertid nødvendig å først si noe om grunnleggende begreper og sonddringer ved domstolskontroll med bedømmelse av fakta (kapittel 2), samt om eventuelle prosessuelle skranker som melder seg (kapittel 3).

1.2 Generelt om domstolskontroll med forvaltningens enkeltvedtak

1.2.1 Inndeling og begrepsbruk

Spørsmålet om tidspunktet for faktumfastleggingen er et spørsmål om rammene for domstolskontrollen med forvaltningens vedtak. Det er derfor nødvendig å redegjøre kort innledningsvis for domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser generelt, herunder hvilke begreper som vil benyttes i det følgende.

I denne oppgaven vil jeg holde meg til domstolskontroll med forvaltningens enkeltvedtak, til forskjell fra kontroll med forskrifter. Enkeltvedtak er vedtak som gjelder rettigheter eller plikter for en eller flere bestemte personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

Domstolskontroll med enkeltvedtak er en kontroll med lovmessigheten i forvaltningens vedtak.³ Som ordet «lovmessighet» tilsier, prøver domstolene om forvaltningens vedtak er lovlig, og ikke hensiktsmessigheten av vedtaket. Domstolskontrollen er utviklet gjennom rettspraksis, og regnes i dag som konstitusjonell sedvane.⁴

1.2.2 Hjemmelsspørsmålet

Når forvaltningen treffer et enkeltvedtak vil det kunne være vurderinger på flere stadier. Det er disse vurderingene som er opphav til den varierende begrepsbruken som benyttes ved domstolskontroll med enkeltvedtak, slik som «fritt skjønn», «rettsanvendelsesskjønn», «forvaltningsskjønn» m.v. For å beskrive forvaltningens vurderingsinnslag benytter jeg en funksjonell inndeling av disse vurderingene.⁵ Første ledd i en funksjonell inndeling er vurderingene som knytter seg til om det er hjemmel

³ Tidligere fremgikk dette av tvistemålsloven § 435 nr. 1.

⁴ Se Eckhoff/Smith (2010) s. 539.

⁵ Se Boe (2007) s. 69.

for vedtaket – hjemmelsvilkårene (dette er «hvis-siden» i en «hvis-så» bestemmelse).

Hvis vilkårene i en hjemmelsbestemmelse er vurderingspregede hender det at disse kalles rettsanvendelsesskjønn eller lovbundne skjønn. Jeg vil primært benytte uttrykket «rettsanvendelsesskjønn».

Hvis forvaltningen først har hjemmel, kan denne være kombinert med enten plikt eller frihet til å benytte kompetansen. Kompetanse og plikt er to forskjellige ting: kompetansenormer muliggjør nye handlinger, mens pliktnormer regulerer eksisterende handlingsmuligheter.⁶

Hvor forvaltningen har kompetanse kombinert med plikt, bestemmer kompetansegrunnlaget alene om vedtak skal treffes. Hvis vilkårene først er oppfylt, så *skal* vedtaket fattes. Kompetansegrunnlaget oppstiller altså nødvendige og tilstrekkelige betingelser for forvaltningens vedtak.

Når domstolene kontrollerer vedtakets hjemmel, kalles det gjerne hjemmelskontroll eller subsumsjonskontroll. Hjemmelskontrollen består i en kontroll med om hjemmelsbestemmelsen er tolket rett, kontroll med forvaltningens faktavurdering samt en subsumsjonskontroll med om faktum kan subsummeres under hjemmelsbestemmelsen.

Domstolene har som hovedregel full kompetanse til å kontrollere dette første stadiet, både når det gjelder tolkingen, faktum og subsumsjonen. Det følger av fast rettspraksis at unntak fra dette krever «sikre holdepunkter».⁷ Men selv om retten som hovedregel har full kompetanse, hender det at domstolene er tilbakeholdne med å prøve rettsanvendelsesskjønn hvor skjønnsstemaet er særlig vagt eller faglig. Selv om rettsanvendelsen beror på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget, kan slike vage skjønn

⁶ Eng (2007) s. 91. I Engs fremstilling omfatter pliktregler påbud, forbud og valgfrihet (tillatelser eller fritakelser). I det videre holder jeg meg til betydningen av plikt som påbud.

⁷ Se naturfredningsdommen i Rt. 1995 s. 1427 (s. 1436), som er fulgt opp i senere praksis.

gjøre at domstolene anser forvaltningen bedre egnet til å ha siste ord.⁸

1.2.3 Hensiktsmessighetsskjønnet

Det andre stadiet av forvaltningens vurderingsinnslag er det såkalte hensiktsmessighetsskjønnet. Andre uttrykk for det samme er «kan-skjønn», «forvaltningsskjønn» eller «fritt skjønn». Jeg vil primært omtale det som et hensiktsmessighetsskjønn. Hva som inngår i dette hensiktsmessighetsskjønnet vil bero på en tolking av hjemmelsbestemmelsen, men det sentrale er at forvaltningen er gitt en valgfrihet til å vurdere *om* det er hensiktsmessig å fatte et vedtak.⁹

Ved domstolskontroll med vedtak som også innebærer et hensiktsmessighetsskjønn, vil domstolene først kontrollere hjemmelsbetingelsene. Selve hensiktsmessighetsskjønnet (forvaltningens valgfrihet) er domstolene i utgangspunktet avskåret fra å prøve. Likevel er det i rettspraksis oppstilt flere skranker for forvaltningens bruk av kompetansen, herunder reglene om «myndighetsmisbruk».¹⁰ Ved kontrollen av om det har skjedd slik myndighetsmisbruk har domstolene full kompetanse. I tillegg til dette kan domstolene også kontrollere forvaltningens saksbehandling og vurdering av faktum. Dette siste, som er sentralt i oppgaven, skal jeg komme nærmere tilbake til.

⁸ Se for eksempel Rt. 1975 s. 603 (Swingball).

⁹ Det hender at det som språklig sett fremstår som hjemmelsbetingelser, kun blir tolket som en retningslinje for hensiktsmessighetsskjønnet. I Rt. 2007 s. 257 ble for eksempel «særlige grunner» i plan- og bygningsloven 1985 § 7 ansett som en integrert del av hensiktsmessighetsskjønnet, jf. avsnitt 36 og konklusjonen i avsnitt 46. Se tilsvarende i Rt. 2008 s. 681 hva gjelder «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven 1988 § 8.

¹⁰ Se Eckhoff/Smith (2010) s. 427, som er kritiske til denne samlebetegnelsen. Stikkordsmessig omfatter reglene om myndighetsmisbruk at forvaltningen ikke har tatt utenforliggende hensyn, opptrådt vilkårlig, utøvet en usaklig forskjellsbehandling eller fattet et grovt urimelig vedtak.

2 Om fakta og faktakontroll

2.1 Hva menes med fakta

2.1.1 Innledning

Fakta skiller seg på den ene siden fra både regeltolking og subsumsjon, og på den andre siden fra skjønn. Videre er fakta heller ikke det samme som bevis. Jeg vil derfor kort gjennomgå disse sontringene.

2.1.2 Fakta sammenliknet med regeltolking og subsumsjon

Med fakta menes realiteten, eller slik virkeligheten er. Faktum i en forvaltningssak er de faktiske forhold som forvaltningen tar stilling til når de vurderer om et vedtak skal fattes.

Regeltolking og fakta er to forskjellige ting. Regeltolking er, ved hjelp av rettskildelæren og med utgangspunkt i lovens ordlyd, å finne frem til hva rettsregelen sier. Når fakta subsummeres under regelen finner man ut om regelen får anvendelse på det aktuelle faktum. Selv om regeltolking og faktum er to forskjellige ting, vil jussen i praksis påvirke hvordan vi undersøker faktum, og omvendt. Fakta og juss er på denne måten avhengig av hverandre, og man kan si at det skjer en vekselvirkning under subsumsjonen.¹¹

Faktum som subsummeres under en rettsregel kalles *rettsfakta*. Rettsfakta korresponderer med vilkårene («hvis-siden») i en regel.¹² Det er de faktiske forhold som må fylle vilkårene. Det vil være rettsfakta selv om de korresponderende vilkårene er vurderingspregede.

Et eksempel på rettsfakta er de fakta som ligger til grunn for uforholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven 2008 § 70: en utlending kan på

¹¹ Se nærmere Eckhoff/Helgesen (2001) s. 34. Som de påpeker, kan et ønske om å nå rimelige resultater også virke inn på bedømmelsen av fakta.

¹² Boe (1993) s. 680.

nærmere vilkår utvises, med mindre vedtaket er «uforholdsmessig». Om vedtaket er uforholdsmessig vil bero på de rettsfakta som subsummeres under hjemmelsvilkåret «uforholdsmessig». Disse rettsfakta kan blant annet være om det foreligger særlige omstendigheter som for utlendingens barn vil bli en så stor belastning at utvisningsvedtaket må anses som «uforholdsmessig», og om utlendingen har begått alvorlig kriminelle handlinger, jf. Rt. 2005 s. 229. Lav alder ved innreise er også tillagt betydelig vekt av Høyesterett, se for eksempel Rt. 2005 s. 238 (her ble riktignok utvisningen opprettholdt). I denne sammenheng er alt dette eksempler på rettsfakta.

Som et ytterligere eksempel er Rt. 2005 s. 117 illustrerende. Saken gjaldt vedtak om moms og båtmotoravgift på fartøyer som var ulovlig innført i Norge, noe vedkommende som kjøpte fartøyene etter innførsel ikke visste om. Spørsmålet for retten var etter tolloven § 37 om kravet mot kjøper måtte frafalles fordi det «[...] ikke er noe å legge vedkommende til last» for manglende fortolling. Faktum som ble trukket inn i denne vurderingen (avsnitt 53) var om kjøper hadde spurt advokaten som sluttet kjøpsavtalen om det måtte betales avgifter eller liknende. Advokatens uttrykkelige svar om at det ikke måtte betales avgifter var også et moment. Det var videre et moment at fartøyene hadde befunnet seg i Norge i over to år på kjøpstidspunktet. Ytterligere to momenter som ble trukket inn var at kjøper ikke hadde henvendt seg direkte til tollvesenet, og at han var næringsdrivende. Disse to siste momentene ble riktignok ikke avgjørende.

Ved vurderingspregede vilkår, slik som «uforholdsmessig» eller «legges til last» i eksemplene ovenfor, vil det være et bredt spekter av fakta som korresponderer med vilkåret. Til sammenlikning vil et vilkår som i mindre grad inneholder vurderingsinnslag heller ikke kreve et tilsvarende bredt faktagrunnlag. For eksempel er det et vilkår etter plan- og bygningsloven § 29-4 annet ledd at et byggverks avstand fra nabogrensen ikke skal være under 4 meter. Byggets avstand fra nabogrensen er da et tilstrekkelig faktum til å vurdere om vilkåret er oppfylt.

Det er grunn til å være oppmerksom på at begrepet rettsfakta brukes på en annen måte i sivilprosessen enn i forvaltningsretten. Det sondres i sivilprosessen mellom «rettsfakta» og «bevisfakta». I sivilprosessen blir rettsfakta brukt synonymt med påstandsgrunnlaget i en sak – de faktiske forhold som begrunner en rett.¹³ For at faktiske forhold skal være «rettsstiftende», jf. tvl. § 11-2 (1) annet punktum, må de kunne subsumeres under en rettsregel. Bevisfakta er på en annen side de bevisene «som godtgjør vedkommende rettsfaktum» for retten, altså de bevisene som godtgjør påstandsgrunnlaget.¹⁴

For eksempel kan en anførsel om at vedtaket er «uforholdsmessig» være påstandsgrunnlag for en påstand om ugyldighet. Fra privatrettens område kan hevd være et påstandsgrunnlag for påstanden om at man eier en tomt. Påstandsgrunnlaget danner altså det faktiske grunnlaget for kravet som fremmes, men det er samtidig rettsregler som gjør dette påstandsgrunnlaget relevant: «Uforholdsmessig» i seg selv ville ikke gitt noen rett hvis det ikke var en regel som hjemlet dette. Påstandsgrunnlaget er likevel bare den faktiske delen av grunnlaget, men har «direkte og umiddelbart rettslige følger» ved at det knytter seg til en rettsregel.¹⁵

Bevisfakta har per definisjon ikke rettslige følger i seg selv, men godtgjør altså de anførte rettsfakta. Bevisfakta kan for eksempel være at det foreligger en psykisk lidelse, som tilsier at en utvisning er «uforholdsmessig». Den psykiske lidelsen får ikke direkte rettslige følger ved spørsmålet om utvisning, men kan godtgjøre en uforholdsmessighet som vil ha slike følger.

Rettsfakta slik det brukes i forvaltningsretten favner både bevisfakta og rettsfakta i sivilprosessuell forstand. Hvis en psykisk lidelse anføres som grunnlag for at et utvisningsvedtak er «uforholdsmessig», vil lidelsen være bevisfakta i sivilprosessuell forstand, men rettsfakta i forvaltningsrettslig forstand. At vedtaket er «uforholdsmessig», vil tilsvarende utgjøre rettsfakta i både sivilprosessuell og forvaltningsrettslig forstand.

2.1.3 Fakta og skjønn

Hittil har jeg drøftet fakta som er relevant for rettsanvendelsen (det første stadiet i forvaltningens vurderinger). Fakta vil imidlertid også danne grunnlag for

¹³ NOU 2001:32 s. 704: «De rettsstiftende faktiske forhold en part må påberope for at retten skal kunne bygge på dem».

¹⁴ NOU 2001:32 s. 703.

¹⁵ NOU 2001:32 s. 703.

forvaltningens utøvelse av hensiktsmessighetsskjønnet. Det er dette grunnlaget som kalles skjønnsfakta.¹⁶ Som Boe skriver, kommer skjønnet inn «når vi spør hvilken betydning skjønnsfakta skal få».¹⁷

Et eksempel på hensiktsmessighetsskjønn kan være utlendingsloven 2008 § 38. I denne bestemmelsen heter det at «dersom sterke menneskelige hensyn taler for det, kan oppholdstillatelse gis».¹⁸ Skjønnsfakta som ligger til grunn vil kunne være søkerens livssituasjon, forholdene i hjemlandet, om søkeren har eller er barn, hva som i så fall er barnets beste m.v.

Skjønnsfakta og skjønnsutøvelse er altså ikke det samme. Skjønnsfakta er de faktiske forhold som skjønnsutøvelsen bygger på.

Fakta som ligger til grunn for vurderingen av om det er skjedd såkalt «myndighetsmisbruk», se kapittel 1.2.3, vil imidlertid være rettsfakta, ettersom reglene om myndighetsmisbruk er rettsregler. Det samme gjelder fakta som ligger til grunn ved domstolenes vurdering av forvaltningens saksbehandling.

2.1.4 Fakta og bevis

Videre er heller ikke fakta og bevis det samme. Bevisene i en sak skal bringe faktum på det rene, enten det er for forvaltningsorganet eller domstolene ved en senere domstolskontroll. Det faktum som legges til grunn for en forvaltningsavgjørelse er «det saksforhold som forvaltningen finner bevist».¹⁹ Bevisene kan være mer eller mindre gode, men faktum på et gitt tidspunkt er enten slik eller slik.

Med uttrykket «bevis» kan forstås både bevismiddel og bevisfakta. Bevismidler er de midlene som partene bruker for å få retten til å legge et bestemt faktum til grunn –

¹⁶ Som her må forstås i motsetning til rettsfakta (i forvaltningsrettslig forstand).

¹⁷ Boe (1993) s. 695.

¹⁸ Lovens ordlyd («sterke menneskelige hensyn») er tolket som en retningslinje for hensiktsmessighetsskjønnet, og ikke som en hjemmelsbetingelse, jf. Rt. 2008 s. 681 (avsnitt 46). Avgjørelsen gjaldt utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd, men antakeligvis må ny lov tolkes på samme måte, Jf. avgjørelsens avsnitt 45.

¹⁹ Jf. Boe (1993) s. 694.

«bærerne av informasjonen».²⁰ Disse inndeles gjerne i forklaringer (tvisteloven kapittel 23 til 25), realbevis (gjenstander) og dokumentbevis (tvisteloven kapittel 26).

Bevisfakta er informasjonen i seg selv, og går altså på tvers av det forvaltningsrettslige skillet mellom rettsfakta og skjønnsfakta. Det er bevisfakta, og ikke bevismidler, jeg i det følgende vil omtale som bevis. Men alle bevisfakta vil fremkomme gjennom bevismidler.

Til forskjell fra *nye opplysninger om forhold som forelå på vedtakstidspunktet*, kan det også dukke opp helt *nye omstendigheter*, som har oppstått etter vedtakstidspunktet. Sondringen mellom *nye opplysninger* og *nye omstendigheter* er sentral for spørsmålet om tidspunktet for faktumfastleggingen (kapittel 4). Hvilket tidspunkt som legges til grunn har betydning for om det bare er nye opplysninger, eller også nye omstendigheter, som kan trekkes inn ved domstolskontrollen. Tema her i oppgaven er bare et spørsmål om hvorvidt domstolene kan ta hensyn til *nye omstendigheter*.²¹

Når jeg i resten av oppgaven bruker uttrykkene «nye opplysninger» og «nye omstendigheter», er det i den betydningen jeg nå har gjort rede for. Jeg benytter ikke uttrykket «nye bevis» (underforstått for tidligere forhold) i denne sondringen, ettersom både nye opplysninger og nye omstendigheter nødvendigvis må føres gjennom nye bevis.

Slike nye omstendigheter kan imidlertid utgjøre både rettsfakta og skjønnsfakta i forvaltningsrettslig forstand, og både rettsfakta (påstandsgrunnlag) og bevisfakta i prosessuell forstand.

Sondringen mellom nye opplysninger og nye omstendigheter kan også illustreres gjennom forholdet mellom gjenåpning og rettskraft i sivilprosessen.²²

Dersom man vil påberope seg «opplysninger om faktiske forhold som var ukjent da

²⁰ Jf. Robberstad (2009) s. 220.

²¹ Spørsmålet om *nye opplysninger* kan trekkes inn beror på reglene om prosessuell preklusjon. Jeg vil drøfte preklusjonsreglene i kapittel 3 nedenfor, men da bare i relasjon til *nye omstendigheter*.

²² Skjæringspunktet for hva som anses som nye omstendigheter vil i denne sammenheng være det tidspunkt hvor saken tas opp til doms (ikke ved domsavsigelse), se Rt. 1983 s. 1242 (s. 1254).

saken ble avgjort» (nye bevis) må dette skje gjennom en begjæring om gjenåpning, jf. tvl. § 31-4 bokstav a. Nye omstendigheter vil imidlertid danne grunnlag for et nytt krav som kan bringes inn for domstolene. Behovet for gjenåpning gjør seg altså bare gjeldende hvor «[...] det er gamle fakta (eller bevis) som ble oversett».²³

2.2 Hva omfatter domstolenes kontroll med fakta?

Domstolskontrollen med fakta i forvaltningssaker omfatter både rettsfakta og skjønnsfakta.

At legalitetskontrollen omfatter rettsfakta er en konsekvens av at dette har nær tilknytning til rettsanvendelsen.²⁴ I Forvaltningskomitéens innstilling av 1958 til forvaltningsloven er det lagt til grunn at bevisbedømmelsen er en del av rettsanvendelsen: Med mindre det følger «utvetydig av loven at bevisbedømmelsen er unndratt domstolenes prøving, bør man anse domstolene kompetent til også å prøve bevisene».²⁵ Domstolsprosessen, med regler om kontradiksjon og saksopplysning, er også velegnet til å belyse faktiske spørsmål.

I andre sivile søksmål og i straffesaker har også domstolene full kompetanse til å prøve bevisbedømmelsen.²⁶ Men i for eksempel et sivilt erstatningssøksmål mellom to private parter vil det ikke være noe forvaltningsorgan som har gjort noen bevisbedømmelse i forkant. Dermed kan ikke domstolene nøye seg med å legge til grunn et tidligere fastlagt faktum. I straffesaker er det påtalemyndigheten som har tatt ut tiltale på bakgrunn av politiets bevisbedømmelse, men her er det heller ikke et vedtak som er fattet og som skal prøves. Den tiltalte er uskyldig inntil det motsatte bevises i retten, og man ser ikke hen til noen tidligere bevisbedømmelse.

Det er ikke like opplagt at legalitetskontrollen omfatter skjønnsfakta. I rettspraksis, se for eksempel Rt. 1960 s. 1374 (side 1378) og Rt. 2009 s. 851, er skjønnsfakta imidlertid gjort til gjenstand for domstolskontroll. I Forvaltningskomitéens innstilling

²³ Robberstad (2009) s. 311. At nye krav kan oppstå på grunnlaget av nye omstendigheter kalles gjerne «facta supervenientes». Robberstad forklarer dette med at en dom ikke kan fryse fast rettsforholdene for ettertiden (s. 331).

²⁴ Se Skjerdal (1998) s. 112: «Forvaltningens rettsfaktavurderinger er så integrert i rettsanvendelsen at det er naturlig at dette undergis domstolsprøvelse».

²⁵ Se NUT 1958:3 s. 372.

²⁶ I ankeinstansen kun så langt det er påanket, og Høyesterett kan ikke prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i straffesaker, jf. strpl. § 306 annet ledd.

av 1958 er det også uttalt at fakta som ligger til grunn for skjønnsutøvelsen prøves.²⁷ Et annet spørsmål er hva som er vilkårene for at feil i faktum tillegges virkning (se kapittel 5).

2.3 Sammenlikning av faktakontrollen og subsumsjonskontrollen

Siden domstolene som den dominerende hovedregel har full kompetanse til å prøve forvaltningens rettsanvendelse (både bevisbedømmelsen, tolkingen og subsumsjonen) er det i utgangspunktet ingen forskjell i domstolenes prøvingskompetanse ved fastlegging av rettsfakta (som skjer gjennom en bevisbedømmelse) og ved tolkingen og subsumsjonen. Men en ting er domstolenes *kompetanse*, noe annet er hvordan kompetansen brukes i praksis.²⁸ Kan man tenke seg en tilsvarende tilbakeholdenhet ved prøving av faktum som ved prøving av subsumsjonen?

Enkelte avgjørelser kan tyde på en slik tilbakeholdenhet på noen områder, for eksempel Rt. 2007 s. 1573 og LB-2008-124644 hvor lagmannsretten uttalte:

«Det bør likevel utvises en viss tilbakeholdenhet med å overprøve utlendingsmyndighetenes vurderinger der disse vurderingene fremstår som forsvarlige, og det ikke er fremkommet nye opplysninger eller sakkyndighetsvurderinger under domstolsbehandlingen. Dels vil utlendingsmyndighetene ha bred erfaring som i utgangspunktet gir dem spesielle forutsetninger for å vurdere søkerens forklaring opp mot andre fakta, dels vil de også ha bedre forutsetninger for å vurdere de mer generelle opplysningene i saken opp mot annen landkunnskap.»

De samme hensyn som tilsier at domstolene skal være tilbakeholdne med å overprøve subsumsjonen, vil også kunne tale for en tilbakeholdenhet i faktumkontrollen. Dette gjelder når forvaltningsorganet besitter særlig fagkunnskap eller kyndighet. En forutsetning er imidlertid at vilkårene er nokså vurderingspregede, for det er først i

²⁷ Se NUT 1958:3 s. 371.

²⁸ Se Boe (2007) s. 80.

disse tilfellene at det er rom for en faglig vurdering av faktum, og hvor det kan bli en glidende overgang mellom om vurderingen foretas ved faktafastleggingen eller ved subsumsjonen.

Det kan virke betenkelig at domstolene ikke skulle prøve bevisbedømmelsen fullt ut. At vedtaket bygger på rett faktum er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti og domstolene bør være velegnet til å bedømme bevisene. Men antakeligvis er ikke dette mer kontroversielt enn når domstolene legger vekt på en partsforklaring i sin bevisbedømmelse ellers. Det er uansett opp til domstolene å fastlegge fakta etter en fri bedømmelse av bevisene i saken, jf. tvl. § 21-2 første ledd.²⁹ Når bevisbedømmelsen er fri, kan domstolene også velge å veie bevisene i samsvar med forvaltningens vurdering. Selv om det rent formelt er en forskjell på rammene for domstolskontrollen med faktum på den ene siden, og bevisbedømmelsen på den andre siden, så vil de to spørsmålene i praksis være nært knyttet til hverandre.

²⁹ Se Robberstad (2009) s. 242: Bevisbedømmelsen i dag er ikke rettslig styrt, slik som «den legale bevisrett» var. Robberstad skriver blant annet at bevisbedømmelse i praksis ofte beror på en «intuitiv helhetsbedømmelse». En annen ting er at *beviskravet* og *bevisbyrden* er rettslige spørsmål som må fastlegges gjennom rettsanvendelse.

3 Prosessuelle skranker

3.1 Innledning

Spørsmålet om tidspunktet for faktumfastleggingen oppstår bare dersom det etter vedtakstidspunktet oppstår nye omstendigheter som partene eller retten mener det er relevant å ta hensyn til. For at omstendighetene skal inngå i domstolskontrollen, må de i så fall bringes inn i saken, enten av partene eller av retten selv. Dermed oppstår også spørsmålet om i hvilken utstrekning partene kan påberope nye omstendigheter (kapittel 3.2) og spørsmålet om rettens adgang til å ta hensyn til nye omstendigheter (kapittel 3.3).

3.2 Adgangen til å påberope nye omstendigheter – prosessuell preklusjon

Spørsmålet er først hvilke sivilprosessuelle skranker som vil kunne hindre at nye omstendigheter bringes inn av partene. I sivilprosessen opereres det som nevnt med en sontring mellom *rettsfakta* og *bevisfakta*, hvor rettsfakta får direkte og umiddelbare rettslige virkninger. Dette skillet går på tvers av det tidsmessige skillet mellom nye opplysninger og nye omstendigheter. Tvistelovens regler om preklusjon kan få anvendelse i alle tilfeller. Det er nye omstendigheter som er tema her, men som nevnt må både nye opplysninger og nye omstendigheter måtte føres gjennom nye bevis.

Når en sak anlegges for domstolene skal den faktiske og rettslige begrunnelsen for kravet, samt de bevis som vil bli ført, presenteres i stevningen, jf. tvisteloven § 9-2 (2) bokstav d og e. Disse kravene til stevningen skal blant annet sikre tilstrekkelig kontradiksjon og en forsvarlig og prosessøkonomisk avvikling av saken. Stevningen utgjør dermed et utgangspunkt som partenes senere endringer må vurderes i forhold til. Hensynet til sakens fremdrift og til motparten, som ellers ville risikere å bli overrumplet, tjener som begrunnelse for tvistelovens regler om prosessuell preklusjon.

Før avsluttet saksforberedelse kan partene nokså fritt endre rammene for saken.³⁰ Etter avsluttet saksforberedelse, og dersom motparten protesterer, kan en part som utgangspunkt ikke fremsette nye krav, utvide påstanden, fremsette nye påstandsgrunnlag eller føre nye bevis, se tvisteloven § 9-16 (1). Retten skal imidlertid gi tillatelse til slike endringer på de nærmere vilkår som er oppstilt i § 9-16 (1) bokstav a til c. Bestemmelsen i § 9-16 gjelder også ved anke til lagmannsretten, jf. tvl. § 29-18 (1), slik at avsluttet saksforberedelse for lagmannsretten er skjæringspunktet. Før avsluttet saksforberedelse for lagmannsretten kan man imidlertid fritt komme med nye påstandsgrunnlag, utvide påstanden eller føre nye bevis.

Nye faktiske omstendigheter kan gjøre det aktuelt for en part å påberope seg et nytt rettslig grunnlag. I så fall vil dette også innebære et nytt påstandsgrunnlag. Dersom omstendighetene er relevante for et allerede påberopt påstandsgrunnlag, vil det kun være nye bevisfakta. Preklusjonsregelen i tvisteloven § 9-16 gjelder i begge tilfeller. I realiteten vil imidlertid et nytt påstandsgrunnlag være en større endring i saken enn nye bevisfakta, slik at avveiningene etter § 9-16 (1) bokstav a til c lettere vil føre til at nye påstandsgrunnlag prekluderes.

Et eksempel kan illustrere denne sontringen mellom påstandsgrunnlag og nye bevisfakta: En person som er nektet opphold etter regelen om «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven 2008 § 38 første ledd tar ut søksmål mot staten, med påstand om ugyldighet på grunn av usaklig forskjellsbehandling. Etter vedtakstidspunktet utvikler han en psykisk lidelse. Dersom dette bringes inn i saken som ytterligere en begrunnelse for usaklig forskjellsbehandling, er det et nytt bevisfaktum. Hvis vedkommende derimot påberoper at lidelsen gjør vedtaket grovt urimelig, vil det være et nytt påstandsgrunnlag.

Eksemplet viser også at det kan være tilfeldig hva som regnes som ett påstandsgrunnlag, som i eksemplet over kunne vært «myndighetsmisbruk» generelt.³¹ Det spiller imidlertid ingen rolle ved anvendelsen av § 9-16, fordi bestemmelsen ikke knytter virkninger til påstandsgrunnlag og

³⁰ Normalt avsluttes saksforberedelsen to uker før hovedforhandling, jf. tvisteloven § 9-10 (1).

³¹ Jf. også Rt. 1963 s. 996 (monteringsfeil).

bevis direkte. Preklusjonsspørsmålet løses heller ved en avveining.

Et spørsmål er imidlertid om nye omstendigheter også kan innebære at kravets identitet endres, altså at det oppstår et *nytt krav*. Dette er relevant fordi preklusjonsreglene er strengere for krav.

Etter avveiningen i tvisteloven § 9-16 må det antakeligvis mer til for at retten tillater nye krav. Dette skyldes delvis at nye krav normalt innebærer en større endring i saken, men også at nye krav som prekluderes ikke blir rettskraftig avgjort i den aktuelle saken. Dermed kan de fremmes i en ny sak, og parten blir ikke skadelidende på samme måte.

For ankeinstansen oppstiller tvisteloven en enda strengere preklusjonsregel i § 29-4. Som hovedregel kan nye krav ikke trekkes inn i ankeomgangen.

Hva som er samme krav beror på en helhetsvurdering, hvor en rekke vurderingsmomenter er trukket opp i rettspraksis, blant annet i Rt. 2008 s. 833 (avsnitt 56):

«De viktigste kriteriene er om de rettsfølger som gjøres gjeldende, er kvalitativt ulike, om det er store ulikheter mellom de faktiske og rettslige vilkår for disse rettsfølgene, og likhet eller ulikhet i de interesser som rettsreglene skal beskytte. Rettslig tradisjon vil også ha betydning.»

Når det gjelder nye omstendigheter, kan spørsmålet om hva som er samme krav komme opp i to sammenhenger. Den første er når nye omstendigheter (etter vedtakstidspunktet) uten videre trekkes inn i saken. Den andre er når vedtaket blir begjært omgjort på grunnlag av nye omstendigheter, og forvaltningens *beslutning* om å nekte omgjøring trekkes inn i saken som et eget krav.

Spørsmålet er først om kravets identitet fortsatt er det samme når nye omstendigheter uten videre trekkes inn i saken. Det er flere avgjørelser hvor retten tar hensyn til eller drøfter nye omstendigheter uten at spørsmålet om kravets identitet blir tatt opp.³²

Ettersom spørsmålet om hva som er samme krav ikke ble problematisert i disse sakene,

³² Se kapittel 4 nedenfor, for eksempel Rt. 1949 s. 564 og Rt. 2005 s. 229.

kan de ikke tillegges avgjørende vekt. Samtidig tyder avgjørelsene på at det skal en del til før kravet skifter identitet som følge av nye omstendigheter, hvis det i det hele tatt er mulig.

Spørsmålet om hva som er samme krav må bero på en totalvurdering, jf. Rt. 2008 s. 833.³³ Ved nye omstendigheter vil påstanden fortsatt være ugyldighet, slik at rettsfølgen kvalitativt er den samme. Når det gjelder gyldigheten av vedtak, vil de påberopte rettsreglene normalt også ivareta samme interesser. Problemstillingen vil være om det er så store ulikheter mellom de faktiske og rettslige vilkår for rettsfølgene at kravet dermed skifter identitet. Om vekten av dette momentet heter det i forarbeidene til tvisteloven:

«Det er også et moment, om enn mindre viktig, hvorvidt det er vesensforskjell mellom de faktiske vilkårene som må foreligge for at kravet skal inntre. Endring av det rent rettslige grunnlaget for kravet innebærer på den annen side ikke at det skifter identitet.»³⁴

På bakgrunn av dette må det antakeligvis svært mye til før nye omstendigheter fører til at kravet endres. Dette har også sammenheng med at vurderingen skal være generell, slik at det nettopp ikke skal være nødvendig å gå dypt inn i det faktiske saksforholdet.³⁵

For det andre kan spørsmålet om «samme krav» dukke opp når vedtaket blir begjært omgjort på grunnlag av nye omstendigheter. Hvis forvaltningen nekter å omgjøre vedtaket, og denne nektelsen trekkes inn i saken, er spørsmålet om dette er et nytt krav.

Dette var temaet i Rt. 2007 s. 1, hvor det i avsnitt 36 heter:

«I dette tilfellet har Trygderetten i kjennelse 6. mai 2005 (TRR-2004-4580) foretatt en ny realitetsprøving av det avslag lagmannsretten tok stilling til i 2003 og stadfestet fylkestrygdekontorets vedtak 14. mai 2004 om ikke å gi saken ny behandling. Disse avgjørelser av fylkestrygdekontoret og Trygderetten er nye rettsstiftende kjensgjerninger. Rettskraftsvirkningen av lagmannsrettens dom fra 2003 er ikke til hinder for at A kan få prøvd for domstolene lovligheten av Trygderettens siste kjennelse. Spørsmålet nå er om Trygderetten har forstått og anvendt de ulovfestede regler om ny prøving på riktig måte, og om nytt vedtak

³³ Se også NOU 2001: 32 s. 382 flg.

³⁴ NOU 2001: 32 s. 383.

³⁵ Jf. Rt. 2008 s. 833 avsnitt 55.

om avslag er gyldig. Dette er åpenbart ikke rettskraftig avgjort av lagmannsretten i 2003.»

Saksforholdet er noe spesielt, også fordi Trygderetten er et domstolslignende organ. Men slik begrunnelsen er formulert, så har kjennelsen generell rekkevidde: beslutninger om å nekte omgjøring er nye rettsstiftende kjensgjerninger og danner derfor utgangspunkt for nye krav.

Tvisteloven § 29-4 nr. 2 bokstav b vil likevel typisk gi adgang til å innta et slikt nytt krav i ankesaken, jf. ordlyden: «når endringen er knyttet til forhold som er inntruffet så sent, eller blitt kjent så sent, at kravet ikke kunne ha vært trukket inn i saken tidligere». I forarbeidene heter det at en «prosessøkonomisk vurdering, kombinert med en vurdering av om det er rimelig å måtte fremme dette kravet i egen sak for førsteinstansen, må stå sentralt».³⁶ Det er lite prosessøkonomisk å behandle avslag på begjæring om omgjøring i en helt ny sak, når grunnlagene for kravene tross alt er såpass likt.

Ved anke over dommer og kjennelser til Høyesterett, er det en særskilt regel i tvl. § 30-7. Etter at saken er fremmet til behandling i Høyesterett (jf. § 30-4) kan det ikke gjøres gjeldende nye krav, en utvidelse av påstanden eller fremsettes nytt faktisk grunnlag eller nye bevis «uten at særlige grunner taler for det». Begrunnelsen for denne regelen er at saker som tas inn til behandling i Høyesterett normalt skal være av prinsipiell karakter, og at endringer kan medføre at sakens karakter også endrer seg.³⁷

Avgjørelsen av hva som er «særlige grunner» treffes av Høyesteretts ankeutvalg. For nye krav må også vilkårene i tvl. § 29-4 være oppfylt, jf. § 30-3. Høyesteretts ankeutvalg har imidlertid tatt stilling til adgangen til å trekke inn *nye omstendigheter* etter tvisteloven § 30-7: Etter rettspraksis kreves det ikke samtykke for å trekke inn omstendigheter som er oppstått etter at anken er tillatt fremmet.³⁸ I HR-2009-288-U knytter begrunnelsen seg til nye bevis, men det fremgår at de aktuelle bevisene i hvert fall delvis dokumenterer *nye omstendigheter*.³⁹ Tvisteloven § 30-7 er altså ikke en skranke for nye omstendigheter, selv om regelen om nye krav i tvl. § 29-4 gjelder også her.

³⁶ NOU 2001: 32 s. 770.

³⁷ Se for eksempel Rt. 2006 s. 1245 avsnitt 7.

³⁸ Jf. HR-2009-288-U avsnitt 4, med henvisninger til Rt. 2004 s. 830 og Rt. 2006 s. 1245, som gjaldt rettstilstanden etter tvistemålsloven 1915.

³⁹ Se avsnitt 2, for eksempel var et av bevisene en straffedom avsagt etter at anken ble tillatt fremmet.

3.3 Rettens adgang til å ta hensyn til nye omstendigheter

Problemstillingen her er i hvilken grad retten kan ta hensyn til nye omstendigheter, selv om partene ikke har påberopt disse.

I en sivil sak er det opp til partene å bringe en sak inn for domstolene, og partenes anførsler binder i utgangspunktet retten. Dette følger av disposisjonsprinsippet, som dypest sett kan begrunnes i partenes alminnelige handlefrihet også utenfor rettssaken. For saker med fri rådighet er rettens forhold til partenes prosesshandlinger regulert av tvisteloven § 11-2.⁴⁰ I saker uten fri rådighet, for eksempel saker om administrative tvangsvedtak, er det kun det innbrakte kravet som er en absolutt skranke for domstolene, jf. tvl. § 11-4.

Et annet (men overlappende) grunnprinsipp er forhandlingsprinsippet, som innebærer at «prosessen skal gå som en forhandling mellom partene»,⁴¹ se også tvisteloven § 11-2 annet ledd. I saker med fri rådighet er det med andre ord partene, og ikke domstolen, som har hovedansvaret for sakens opplysning.⁴² Etter disse to prinsippene er det tilsynelatende lite rom igjen for retten til å bygge på andre rettsfakta eller bevis enn det partene har anført. Prinsippene må imidlertid avveies mot hensynet til materielt riktige resultater.

Temaet her er domstolenes kontroll med faktum. Når det til sammenlikning gjelder rettsreglene, så er retten ikke bundet av partenes anførsler. Retten har etter tvl. § 11-3 første ledd selv ansvar for rettsanvendelsen, innenfor partenes krav og påstandsgrunnlag.

I saker med fri rådighet er retten bundet av partenes krav og påstandsgrunnlag, jf. tvl. § 11-2 første ledd. Dersom nye omstendigheter også endrer kravets identitet, eller innebærer et nytt påstandsgrunnlag, så vil retten ikke kunne bygge på dette. Dersom en part har begjært omgjøring overfor forvaltningen, og begjæringen ikke tas til følge, vil

⁴⁰ I saker om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, har det offentlige fri rådighet hvis det er «adgang til å omgjøre vedtaket til gunst for den private part», jf. Rt. 2002 s. 320 (s. 323).

⁴¹ Mæland (2009) s. 29.

⁴² Jf. tvistemålsloven 1915 § 86 første ledd: «Det påhviler partene å gjøre rede for de faktiske forhold og bevis, som er av betydning for avgjørelsen». I følge Robberstad (2009) s. 13 uttrykker setningen fortsatt gjeldende rett.

dette være et annet krav (se kapittel 3.2). I så fall kan retten ikke ta stilling til det nye kravet uten at det er brakt inn av partene selv.

Hvis de nye omstendighetene ikke utgjør et nytt krav eller et nytt påstandsgrunnlag, reguleres spørsmålet av tvl. § 11-1 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen kan retten «ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om». Men ettersom partene har hovedansvaret for bevisføringen, jf. tvl. § 11-2 annet ledd, vil partene sjeldent føre bevis for nye omstendigheter uten at disse også har vært gjenstand for kontradiksjon.

I praksis avdempes spenningen mellom rettens begrensninger og materielt riktige resultater gjennom reglene om prosessledelse i tvl. § 11-5. Uten å gå utenfor partenes anførte påstandsgrunnlag, kan retten gjennom denne bestemmelsen få partene på rett spor slik at de selv anfører det nye grunnlaget. Det er imidlertid et grunnkrav at veiledningen ikke skjer på en slik måte at den er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet, jf. § 11-5 syvende ledd.

4 Tidspunktet for faktumfastleggingen ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak

4.1 Innledning

4.1.1 Problemstillingen og rettskildene

Spørsmålet om tidspunktet for faktumfastleggingen ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak handler om hvorvidt domstolene kan fastlegge faktum ut fra omstendigheter på domstidspunktet (en nåtidsvurdering), eller om det kun er omstendigheter frem til det tidspunktet hvor forvaltningen fatter vedtaket som kan danne faktagrunnlaget når saken kommer for domstolene. Dersom faktumfastleggingen skal skje på vedtakstidspunktet, vil det i tilfelle bare være *nye opplysninger* som kan føres for domstolene som bevis, ikke *nye omstendigheter*.⁴³

Rettskildesituasjonen når det gjelder tidspunktet for faktumfastleggingen ved domstolsprøving kan by på utfordringer. I hvilken utstrekning det er adgang til å hensynta nye omstendigheter er ikke lovfestet utover de prosessuelle skrankene i tvisteloven (se punkt 3), og disse skrankene skiller ikke eksplisitt mellom nye omstendigheter og nye opplysninger. Spørsmålet om nye omstendigheter er mer et spørsmål om omfanget av domstolskontrollen med forvaltningsavgjørelser, slik denne er utviklet i rettspraksis.

Prinsipielt beror imidlertid løsningen på en tolking av loven. Loven gir likevel normalt ikke holdepunkter i den ene eller andre retning. Et unntak er utlendingsloven § 73, hvor ordlyden klart taler for en nåtidsvurdering, jf. også siste ledd.

Den primære rettskilden er altså rettspraksis, men det er varierende hvorvidt problemstillingen tematiseres i avgjørelsene. Det hender også at det tas stilling til tidspunktet for faktumfastleggingen i domspremissene uten at det er opplagt at dette

⁴³ Om disse begrepene, se kapittel 2.1.4. Adgangen til å ta i betraktning *nye opplysninger* er ikke tema her.

har vært nødvendig for dommens resultat. Slike obiter dicta har i utgangspunktet mindre vekt, men også dette avhenger av hvor klare uttalelsene er, og til dels av hvorvidt spørsmålet har vært prosedert på mellom partene.⁴⁴

4.1.2 Klageorganets mulighet til å bygge på nye omstendigheter

Ettersom spørsmålet om tidspunkt for faktumfastleggingen knytter seg til skillet mellom forvaltning og domstoler, kan det være naturlig først å se hvilke regler som gjelder for faktumfastleggingen ved forvaltningsklage.

Når et forvaltningsvedtak klages inn for et klageorgan, så vil klageren ha krav på at saken realitetsbehandles på nytt. Det følger av ordlyden i fvl. § 34 annet ledd at klageinstansen «kan [...] prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter».⁴⁵ Etter § 34 annet ledd annet punktum *skal* klageinstansen vurdere de anførsler klageren kommer med. Begrunnelsen for en slik adgang til å ta hensyn til alle omstendigheter er å sikre et materielt riktig resultat. Adgangen til realitetsbehandling i klageinstansen sikrer at saken blir forsvarlig behandlet innen forvaltningsapparatet.⁴⁶

Så lenge klageinstansen har full kompetanse er det heller ingen grunn til å avgrense klagebehandlingen mot nye omstendigheter. I saker hvor statlig organ er klageinstans i vedtak truffet av en kommune (eller fylkeskommune), skal hensynet til det kommunale selvstyret vektlegges ved prøvingen av det frie skjønn, jf. fvl. § 34 annet ledd tredje punktum. Verken etter ordlyden eller forarbeidene er det holdepunkter for at unntaket får betydning for adgangen til å vektlegge nye omstendigheter.

Et unntak fra fvl. § 34 er sosialtjenesteloven § 8-7, som regulerer fylkesmannens kompetanse i klagesaker etter sosialtjenesteloven. Når det gjelder prøvingen av det frie skjønn, kan fylkesmannen bare endre vedtaket når skjønnet er «åpenbart urimelig». En kunne tenke seg at dette fikk betydning også for prøvingen av fakta, men forarbeidene til sosialtjenesteloven sier ingenting om klageinstansens adgang til å hensynta nye omstendigheter.⁴⁷ I mangel av andre

⁴⁴ Om obiter dicta, se Eckhoff/Helgesen (2001) s. 172-175.

⁴⁵ Se også NUT 1958:3 s. 295.

⁴⁶ Se for eksempel Graver (2007) s. 513, som skriver at «[f]orvaltningsklagen er en sentral del av det alminnelige forsvarlighetsprinsippet».

⁴⁷ Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s. 126.

holdepunkter er det naturlig å falle tilbake på forvaltningslovens løsning, jf. sosialtjenesteloven § 8-1 første ledd.

I en mellomstilling mellom klagebehandling og domstolsprøving står behandlingen hos såkalte domstolliknende organer. Utlendingsnemnda og Trygderetten er eksempler på slike. Behandlingen i Utlendingsnemnda følger forvaltningsloven (se utlendingsloven § 80), mens behandlingen i Trygderetten følger reglene i Trygderettsloven av 1966 nr. 9. Trygderetten behandler saker om individuelle rettigheter og plikter etter blant annet folketrygdloven og saker om barnetrygd jf. trygderettsloven § 1.

Trygderettens prøvingskompetanse er ikke uttrykkelig regulert i trygderettsloven. I Rt. 2008 s. 688 slo Høyesterett imidlertid fast at Trygderetten har kompetanse til å prøve alle sider av saken ved underinstansens vedtak, herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Spørsmålet i saken var nettopp hva som var skjæringstidspunktet for det faktum som skal hensyntas av Trygderetten.

Førstvoterende la vekt på at saksbehandlingsreglene i trygderettsloven langt på vei tilsvarte de som gjelder for forvaltningsklage, noe som talte for en nåtidsvurdering i Trygderetten (avsnitt 38). Han viste også til trygderettsloven § 19 første ledd og Rt. 2007 s. 1815 (som gjaldt tidspunktet for faktumfastleggingen ved *domstolenes prøving* av Trygderettens vedtak), hvor det uttales at «[m]en når det er 'faktum slik det [ligg] føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet' som skal være avgjerande for domstolsprøvinga, gir det best samanheng om vedkomande organ – her Trygderetten – også må byggje på alt det som ligg føre på dette tidspunktet». Konklusjonen ble dermed at Trygderetten hadde tolket loven feil, og at nye faktiske omstendigheter etter vedtaket i underinstansen skulle vært hensyntatt (lagmannsrettens dom ble likevel opprettholdt fordi feilen ikke hadde hatt innvirkning på Trygderettens kjennelse). Avgjørelsen viser at Trygderetten, i likhet med et klageorgan etter forvaltningsloven, ikke bare har adgang til å hensynta nye omstendigheter, men også en plikt når slike er anført (se nedenfor).

4.1.3 Rett eller plikt for domstolene til å ta hensyn til nye omstendigheter?

Både for spørsmålet om domstolenes adgang til å overprøve forvaltningens subsumsjon, og for spørsmålet om adgangen til å avsi såkalt realitetsdom, er det i teorien reist spørsmål om sontringen mellom domstolenes kompetanse og plikt: selv om domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon, er det ikke

dermed sagt at kompetansen må benyttes:⁴⁸

«Mange vil kanskje ta for gitt at hvis først domstolene kan kontrollere forvaltningens lovanvendelse, så må retten også gjøre det, kanskje også at den må føre kontrollen til bunns. Jeg ser ikke saken slik. Å ha kompetanse er noe annet enn å bruke kompetanse, for kompetanse trenger slett ikke å være kombinert med plikt, den kan mange ganger være kombinert med frihet. Spesielt fordi reglene om domstolskontroll i hovedsak er utformet av domstolene selv, er det ikke merkverdig at retten skjelner mellom hva den kan gjøre, og hva den må gjøre. Å vise tilbakeholdenhet i kontrollen er noe annet enn å abdisere fra kontrollen, det er å vise respekt for blant annet sakkunnskapen som forvaltningen besitter.»⁴⁹

Spørsmålet er om man kan se problemstillingen om *nye omstendigheter* som et spørsmål om tilbakeholdenhet, altså at domstolene ikke *må* ta hensyn til nye omstendigheter selv om de *kan* det. Det kan godt hende at det er grunnlag for en sontring som dette, men det avgjørende for partene vil være hvorvidt de nye omstendighetene rent faktisk blir tatt hensyn til eller ikke av domstolene. Jeg vil derfor legge en slik praktisk tilnærming til grunn i det følgende.

Et argument mot en slik sontring mellom plikt og frihet er likevel reglene om rettskraft. Skjæringstidspunktet for hva som blir rettskraftig avgjort er som nevnt (kapittel 2.1.4) når saken tas opp til doms.⁵⁰ Omstendigheter som oppstår før dette kan ikke danne grunnlaget for nye krav. Hvis domstolene har en frihet til å velge om omstendigheter inntrådt etter vedtakstidspunktet skal hensyntas eller ikke, er det mulig at omstendigheter som retten ikke tar hensyn til, likevel inngår i det rettskraftig avgjorte kravet. På en annen side er det ikke sikkert at man kan operere med et så

⁴⁸ Se særlig Boe (2007) s. 80 og Boe (2002) s. 280-281.

⁴⁹ Boe (2007) s. 80.

⁵⁰ Jf. Rt. 1983 s. 1242 (s. 1254).

absolutt skjæringstidspunkt for hva som blir rettskraftig avgjort.⁵¹

Der hvor EMK (eller andre konvensjonsforpliktelser som er gitt forrang i norsk rett, for eksempel gjennom menneskerettsloven §§ 2 og 3) stiller krav om at nye omstendigheter må vurderes, vil domstolene også ha en *plikt* til å ta hensyn til disse. Det følger direkte av menneskerettsloven §§ 2 og 3.

4.2 De lege lata

4.2.1 Innledning

Tidspunktet for faktumfastleggingen ved domstolskontroll er, i likhet med domstolskontroll generelt, ikke behandlet i forvaltningsloven. I Forvaltningskomiteens innstilling heter det om problemstillingen:

«Det kan spørres om domstolene i en forvaltningssak kan legge til grunn det faktiske forhold som består på den tid dommen avsies, eller om det må treffe sin avgjørelse på grunnlag av forholdet da forvaltningsvedtaket ble truffet. I en dom i Rt-1949-564 flg., Jf. særlig side 566, har man bygget på den første løsning. Saken gjaldt ekspropriasjon av kontorlokaler til Statistisk sentralbyrå. Under sakens gang hadde Statistisk sentralbyrå fått nye oppgaver og trengte av den grunn ytterligere kontorplass. Dette nye forhold anså retten seg ikke avskåret fra å ta i betraktning. Det syn som er lagt til grunn i dommen, synes å være i samsvar med nyere avgjørelser av den tyske forbundsforvaltningsdomstol. Jf. Verwaltungsarchiv 1957 s. 170 ff.»⁵²

Kommentaren knytter seg til et konkret tilfelle om ekspropriasjon av kontorlokaler, og Forvaltningskomiteen tar ikke selv eksplisitt stilling til spørsmålet. Selv om henvisningen til Rt. 1949 s. 564 kan tyde på en tilslutning til resultatet, er ikke problemstillingen gjort til gjenstand for noen videre drøftelse i hovedteksten. Domstolsprøvingen er heller ikke regulert i forvaltningsloven, slik at uttalelsen uansett

⁵¹ Se Hov (2010) s. 1256, som med henvisning til tvisteloven § 9-16 tar til orde for at «nye retts[f]akta kan gjøres gjeldende dersom de har inntrådt på et slikt tidspunkt at parten praktisk sett ikke hadde mulighet [f]or å gjøre dem gjeldende i den verserende saken.».

⁵² NUT 1958:3 s. 378, i fotnote 2.

ikke har samme vekt som forarbeider ellers har. Det innebærer at rettspraksis blir den helt sentrale rettskilden for problemstillingen.

For å drøfte gjeldende rett vil jeg derfor foreta en nærmere undersøkelse av rettspraksis. Jeg vil se på et utvalg avgjørelser, primært høyesterettsdommer, for å kartlegge hvilke regler (om noen) som gjelder for hvorvidt vedtaks- eller domstidspunktet legges til grunn i praksis. Jeg tar forbehold om at materialet ikke er fullstendig; dels fordi det vil være en rekke upubliserte avgjørelser fra underinstansene, dels fordi problemstillingen kan komme til uttrykk på forskjellige måter, slik at det er vanskelig å finne alle relevante avgjørelser gjennom tekstsøk.

Rettspraksis om spørsmålet omfatter ekspropriasjon, utlendingssaker, trygdesaker, tvangssaker (psykisk helsevern og omsorgsovertakelse) og saker om tilbakekalling av bevillinger (advokatbevilling og legeautorisasjon).

Skattesaker er spesielle, i den forstand at ligningen alltid vil knytte seg til et gitt historisk tidsrom, og at nye omstendigheter slik sett ikke er aktuelt. Jeg har derfor utelatt disse.⁵³ Det er flere dommer om skattesaker (se for eksempel Rt. 1988 s. 539 og LB-2003-8771) som gjelder spørsmålet om nye faktiske *opplysninger*, men det er ikke det som er problemstillingen i kapittelet her.

Målet med gjennomgangen er altså å kartlegge om tidspunktet for faktumfastleggingen følger visse regler, herunder hvilke sonddringer som er av betydning og hvilke hensyn som er bestemmende for vurderingen. Sondres det for eksempel mellom rettsfakta og skjønnfakta, eller kan rettsspørsmålets art være avgjørende for hvor skillet går? Kan hende er visse reelle hensyn avgjørende – for eksempel særlige rettssikkerhets- eller beskyttelseshensyn? Det er også nødvendig å undersøke om det gjelder spesielle regler når saken reiser spørsmål om forholdet til menneskerettskonvensjonene, slik de er innarbeidet gjennom menneskerettsloven.

⁵³ Skattesaker kan imidlertid reise spørsmål om prognoser, se kapittel 5.2.

Ettersom en slik gjennomgang vil bli relativt omfattende, inndeler jeg avgjørelsene etter rettsområde. Jeg vil til slutt kort oppsummere gjeldende rettspraksis, og eventuelt trekke mer generelle slutninger, i den grad det er grunnlag for det.

4.2.2 Ekspropriasjon

Den nevnte **Rt. 1949 s. 564** gjaldt Finansdepartementets vedtak om ekspropriasjon av bruksrett til kontorlokaler for Statistisk Sentralbyrå. Ekspropriasjonshjemmelen ga departementet et hensiktsmessighetsskjønn, og Høyesterett prøvde om skjønnet led av slike «mangler som fratar det dets karakter av et virkelig skjønn» (s. 565).

Henvisningen til Rt. 1925 s. 896 tyder på at det særlig gjaldt spørsmålet om grov urimelighet, slik at det er rettsfakta som prøves. Under saksgangen var Statistisk Sentralbyrå pålagt oppgaver som medførte ytterligere utvidelser. Om adgangen til å ta hensyn til den nye omstendigheten uttalte retten (side 566):

«Jeg er ikke enig med den ankende part når han hevder at det i denne sak ikke er anledning til å ta hensyn til dette siste moment.»

Synspunktet er ikke begrunnet ytterligere, og førstvoterende uttalte seg ikke generelt om nye omstendigheter, men konkret om «dette siste moment». Selv om standpunktet ikke ble fremstilt som tvilsomt, så er det likevel ikke grunnlag for å slutte noe generelt ut fra uttalelsen når den er såpass konkret. Til dette kommer at før Høyesterett tok stilling til om den nye omstendigheten kunne hensyntas, hadde førstvoterende slått fast at anken ikke kunne føre frem. Standpunktet virker altså ikke nødvendig for resultatet (at staten ble frifunnet). I tillegg kommer at dommen er gammel og ikke fulgt opp annet enn i Forvaltningskomiteens innstilling fra 1958.

Det er likefullt et tilfelle hvor Høyesterett la domstidspunktet til grunn.

4.2.3 Utlendingsrett

Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag:

Sakene nedenfor gjelder oppholdstillatelse etter utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd (se nå utlendingsloven av 2008 § 38) på grunn av «sterke menneskelige hensyn». Etter rettspraksis er «sterke menneskelige hensyn» forstått som en retningslinje for

forvaltningens skjønn, slik at det som prøves i disse sakene er hensiktsmessighetsskjønnet. Domstolenes prøving er her begrenset, jf. Rt. 2008 s. 681 (se kapittel 1.2.3).

Saken i **Rt. 2009 s. 1374** gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om utvisning etter denne bestemmelsen. Om tidspunktet for faktumfastleggingen ved vurderingen av om det forelå myndighetsmisbruk, uttalte førstvoterende i avsnitt 40 at «vurderingen av avgjørelsene skal skje ut fra de opplysninger og den situasjon som forelå på avgjørelsestidspunktet». Vedtakstidspunktet ble med andre ord lagt til grunn. Ettersom prøvingen gjaldt reglene om myndighetsmisbruk, er det altså rettsfakta som prøves.

Et avslag på oppholdstillatelse har imidlertid stor betydning for den det gjelder. Slikt avslag vil regelmessig også føre til at vedkommende har plikt til å forlate landet, jf. utlendingsloven 2008 § 90, og rent praktisk vil det derfor være vanskelig å begjære omgjøring av vedtaket. Utlendingen er derfor henvist til å begjære omgjøring før dommen blir avsagt i første instans, og gjøre et eventuelt avslag til del av søksmålet (se kapittel 4.3.3 om dette).

Avgjørelsen i **Rt. 2009 s. 851** gjaldt opprinnelig fornyet oppholdstillatelse etter skilsmisse for en indisk kvinne som ble skilt fra sin norske ektemann, jf. utlendingsloven av 1988 § 11 jf. utlendingsforskriften § 37 første ledd. Siden det er et vilkår etter denne bestemmelsen at ekteskapet består, måtte hun søke oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Nærmere regler for opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd er også fastsatt i utlendingsforskriften § 37. Resultatet i saken ble at Utlendingsnemndas vedtak ble kjent ugyldig fordi vedtaket var basert på et uriktig faktum, og denne feilen kunne påvirket avgjørelsens innhold.⁵⁴

Kvinnen hadde påberopt seg at vedtaket bygde på mangelfulle skønnsfakta, og det var i denne sammenheng spørsmålet om tidspunkt for faktumfastleggingen oppstod. Under henvisning til blant annet Rt. 2007 s. 1815 (se nedenfor) kom Høyesterett til at

⁵⁴ Nærmere om dette innvirkningskravet i kapittel 5.1 nedenfor.

vedtakstidspunktet måtte legges til grunn.

Det var også anført at etter EMK artikkel 3 (torturforbudet) og artikkel 8 nr. 2 (forholdsmessighetsvurderingen ved inngrep i retten til familieliv) måtte domstidspunktet være avgjørende. Høyesterett kom imidlertid til at dette spørsmålet ikke ble «aktualisert i saken». Dette må vel forstås slik at det uansett ikke var relevante *nye omstendigheter* i saken, men heller spørsmål om å «ta i betraktning senere framkomne opplysninger som kan kaste lys over den faktiske situasjon på vedtakstidspunktet» (avsnitt 48).

I kjennelsen i **Rt. 2003 s. 460** var det begjært midlertidig forføyning med krav om å få bli i Norge. Hovedsaken gjaldt gyldigheten av vedtak om avslag på søknad om oppholdstillatelse etter utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd. Kjennelsen avgjør en videre anke til Høyesterett over lagmannsrettens kjennelse om midlertidig forføyning, og kompetansen til Høyesteretts kjæremålsutvalg var dermed begrenset. Resultatet i saken ble at lagmannsrettens kjennelse ble opphevet fordi det var lagt vekt på nye omstendigheter som retten etter påstanden i hovedsaken var avskåret fra å legge vekt på.

Saksøker hadde begjært omgjøring av vedtaket to ganger, men på dette tidspunktet var omgjøringsspørsmålet ikke trukket inn i hovedsaken. Under disse forutsetninger uttalte kjæremålsutvalget i avsnitt 14:

«I hovedsaken må tingretten begrense sin prøving til spørsmålet om vedtaket av 16. januar 2002 er ugyldig. Med den påstanden som er nedlagt, er tingretten avskåret fra å prøve om det foreligger ugyldighet i den senere omgjøringssaken. Tingretten må videre begrense prøvingen til forhold som forelå da vedtaket ble truffet i januar 2002. Etterfølgende omstendigheter kan ikke trekkes inn.»

På denne bakgrunn kom Høyesterett til at lagmannsrettens lovtolking var feil:

«[Tingrettens kompetanse til å behandle begjæringen om midlertidig forføyning] er undergitt de samme begrensinger som i hovedsaken. Når lagmannsretten kom til at det også kan tas hensyn til etterfølgende

omstendigheter, har den lagt vekt på forhold som den i denne saken var avskåret fra å legge vekt på.»

Vedtakstidspunktet ble med andre ord lagt til grunn; dersom domstidspunktet hadde blitt lagt til grunn ville det ikke vært nødvendig å gjøre avslaget på omgjøring til en del av søksmålet.

I hovedsaken for tingretten ble saksøkers påstand imidlertid utvidet.⁵⁵ Prinsipalt var påstanden at Utlendingsnemndas vedtak av 16. januar 2002 var ugyldig, og subsidiært at Utlendingsnemndas avgjørelse om ikke å ta omgjøringsbegjæringen til følge, kjennes ugyldig. Tingretten kom til at vedtaket av 16. januar 2002 ikke var ugyldig, og ved denne vurderingen baserer tingretten seg kun på faktiske omstendigheter som forelå på vedtakstidspunktet. Derimot, ved vurderingen av om nemndas senere avgjørelse om ikke å omgjøre vedtaket, uttales det at «ved denne vurderingen kan retten legge vekt på etterfølgende omstendigheter fra tiden mellom vedtakstidspunktet og beslutningen om ikke å omgjøre vedtaket». Utlendingsnemndas avgjørelse om ikke å omgjøre vedtaket kjennes så ugyldig på grunn av myndighetsmisbruk, fordi tingretten kom til at beslutningen var «kvalifisert urimelig» (se side 8 fjerde avsnitt). Dommen fra tingretten illustrerer hovedalternativet til å legge domstidspunktet til grunn, nemlig å begjære omgjøring og gjøre et eventuelt avslag til del av søksmålet (se kapittel 4.3.3 nedenfor).

Utvisning:

Sakene nedenfor gjelder utvisning etter utlendingsloven 1988 § 29 første ledd bokstav a, jf. annet ledd, hvor spørsmålet var om utvisningen var «uforholdsmessig» (se nå utlendingsloven 2008 § 70). Spørsmålet om uforholdsmessighet er et rettsanvendelsesskjønn hvor domstolene har full prøvelsesrett.⁵⁶ Det vil da være rettsfakta som prøves.

⁵⁵ Sak nr. 02-8717 A/57.

⁵⁶ Jf. blant annet Rt. 2009 s. 534 avsnitt 46.

I **Rt. 2009 s. 534** hadde en utlending begått grove og gjentatte overtredelser av utlendingsloven. Høyesterett kom til at vedtaket om utvisning ikke var uforholdsmessig, og staten ble frifunnet.

Det ble slått fast at vedtaket ikke var uforholdsmessig overfor utlendingen, og spørsmålet videre var om utvisningen var uforholdsmessig overfor «de nærmeste familiemedlemmene», jf. § 29 annet ledd. Der hvor utlendingen har barn, fremgår det av avsnitt 57 til 61 at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn (se nåværende utlendingslov av 2008 § 70 første ledd siste punktum). Under drøftelsen av om hensynet til barna gjør vedtaket «uforholdsmessig», trekker førstvoterende inn omstendigheter som er inntrådt etter vedtakstidspunktet uten at dette tematiseres. Se for eksempel avsnitt 56: «Slik saken nå står,[...]», og avsnitt 70 som legger til grunn en dom (om barnefordelingen mellom kvinnen utvisningsvedtaket gjaldt og hennes mann) som falt etter vedtaket om utvisning.

Denne avgjørelsen legger altså domstidspunktet til grunn ved vurderingen av barnets beste. Et slikt syn kan bygges på særskilte interne regler, men også på FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1. Førstvoterende vurderer konvensjonsbestemmelsen, og uttaler at «[s]om det vil ha fremgått, er mitt syn også forenelig med FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 [...]» (avsnitt 68), men uttalelsen knytter seg tilsynelatende til betydningen av hensynet til «barnets beste», og ikke tidspunktet for faktumfastleggingen.

Domstidspunktet ble også lagt til grunn ved vurderingen av «barnets beste» i **Rt. 2005 s. 229**. Resultatet i saken ble at utvisningen var uforholdsmessig på grunn av omstendigheter som gjorde belastningen på barna særlig stor. Både i Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2005 s. 229 nevnes forpliktelsene etter EMK artikkel 8, men tidspunktet for faktumfastleggingen drøftes ikke eksplisitt i den sammenheng.

Et annet eksempel er avgjørelsen **LB-2008-84594**, avsagt av Borgarting lagmannsrett

19. januar 2010. Saken ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet.⁵⁷ Den rettskildemessige vekten er ikke like tung som en dom fra Høyesterett, men uttalelsene i dommen er klare og av prinsipiell karakter. Dommen henviser også til en rekke avgjørelser fra Høyesterett, og er i dette perspektiv relevant.

Spørsmålet i saken var om et vedtak om utvisning med innreiseforbud i 5 år var «uforholdsmessig». Hensynet til utlendingens datter sto sentralt i saken, som likevel endte med at staten ved Utlendingsnemnda ble frifunnet.

Om tidspunktet for faktumfastleggingen viser lagmannsretten til Rt. 2003 s. 460 som legger vedtakstidspunktet til grunn, men presiserer samtidig at utlendingen i den saken ikke hadde barn.⁵⁸ Etter en henvisning til Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2005 s. 229 sier lagmannsretten at «[f]or andre forhold enn slike som knytter seg til barnets beste, antar lagmannsretten at vedtaket må vurderes ut fra situasjonen på vedtakstidspunktet, i tråd med det alminnelige utgangspunkt ved domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak, likevel slik at senere opplysninger som belyser forhold som forelå på vedtakstidspunktet kan hensyntas, se som eksempel Rt-2007-1815 avsnitt 34».

Dommen følger opp linjen om at vedtakstidspunktet er avgjørende for andre forhold enn hvor hensynet til barn må vurderes, men legger altså opp til en sammensatt vurdering, hvor forhold vedrørende barnets beste vurderes på domstidspunkt, mens resterende faktum vurderes på vedtakstidspunktet.

Tingrettsdommen **10-061853TVI-OTIR/07** ble avsagt 1. desember 2010 (avgjørelsen er anket til lagmannsretten). Siden dette er en tingrettsdom, har den liten rettskildemessig vekt, men dommen illustrerer en spesiell side ved problemstillingen.

Resultatet i saken ble at vedtaket ikke var «uforholdsmessig» og dermed var gyldig.

⁵⁷ Se HR-2010-711-U.

⁵⁸ Vedkommende utlending i Rt. 2003 s. 460 hadde faktisk ett barn, jf. tingrettens dom i hovedsaken (sak nr. 02-8717 A/57), men dette barnet var svært ungt, og hensynet til barnet var ikke tema for retten.

Saksøker var barn på vedtakstidspunktet, og der hvor barn rammes av vedtaket, skal det altså forestas en nåtidsvurdering av hva som er «barnets beste». Tingretten legger imidlertid vedtakstidspunktet til grunn (i motsetning til i Rt. 2009 s. 534, Rt. 2005 s. 229 og LB-2008-84594), ettersom utlendingen ikke lenger var barn på domstidspunktet. FNs barnekonvensjonen, som tingretten bygger på, stiller muligens krav om at domstolene ved vurderingen av «barnets beste» må legge en nåtidsvurdering til grunn. Konvensjonen vil imidlertid bare gi beskyttelse så lenge utlendingen fortsatt er barn på domstidspunktet. For disse sakene vil den private part derfor profitte på at vedtakstidspunktet legges til grunn, ved at «barnets beste» i så fall skal tillegges større vekt.

Asylsaker:

Saken her gjelder søknad om asyl etter utlendingsloven 1988 § 17 (nå utlendingsloven 2008 § 28). Vurderingen etter utlendingsloven 1988 § 17 er et rettsanvendelsesskjønn, og sterke beskyttelseshensyn gjør seg gjeldende.

Saken **LB-2010-49694** (Borgarting lagmannsretts dom 9. februar 2011) gjaldt i tillegg til gyldigheten av Utlendingsnemndas om ikke å innvilge asyl også (subsidiært) avslag på oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd. Høyesterett kom til at vedtaket ikke var ugyldig, og anken ble forkastet.

Om tidspunktet for faktumfastleggingen uttales i lagmannsrettsdommen generelt, slik at det må gjelde både for vurderingen etter § 17 og etter § 8, uten nærmere begrunnelse at «[d]et er faktum på vedtakstidspunktet som er avgjørende, jf. Rt-2007-1815».

Når det samme tidspunktet for faktumfastleggingen legges til grunn etter både § 17 og § 8, tyder det på at spørsmålet om tidspunktet for faktumfastleggingen ikke uten videre beror på domstolenes kompetanse. Heller ikke ser det ut til at de beskyttelseshensyn som flyktningreglene skal ivareta tilsier at domstidspunktet legges til grunn. Avgjørelsen er imidlertid kort på dette punktet, og kan ikke tillegges for mye vekt.

Personer som kan ha krav på vern som flyktning, kan imidlertid også få beskyttelse etter utlendingsloven 1988 § 15, nå utlendingsloven 2008 § 73. Bestemmelsen er ment å skulle gjennomføre Norges forpliktelser etter flyktningkonvensjonen artikkel 33 (1)

og EMK artikkel 3 m.v., og er et såkalt absolutt vern mot utsendelse (non-refoulment).⁵⁹ Spørsmålet er om domstidspunkt skal legges til grunn ved faktumfastleggingen etter utlendingsloven 1988 § 15 og nå utlendingsloven 2008 § 73. I så fall vil det avhjelpe at faktumfastleggingen etter utlendingsloven 1988 § 17 knytter seg til vedtakstidspunktet, og slik sett ikke styrker beskyttelseshensynet som asylreglene skal ivareta.

Etter rettspraksis er vurderingen etter utlendingsloven 1988 § 15 en nåtidsvurdering, jf. blant annet LB-2008-195109, LB-2010-70479 og LB-2009-190618. Jeg har ikke funnet avgjørelser fra Høyesterett om dette spørsmålet, men praksisen fra lagmannsretten er så vidt entydig og konsekvent, at den må antas å gi uttrykk for gjeldende rett. Det samme følger også antakelig av flyktningkonvensjonen artikkel 33 og EMK artikkel 3, som § 15 gjennomfører i norsk rett (nærmere om EMK, se nedenfor). Staten som part i disse sakene bestrider heller ikke en slik nåtidsvurdering. Tilsvarende må da også legges til grunn etter utlendingsloven 2008 § 73, som viderefører utlendingsloven 1988 § 15. Tidspunktet for faktumfastleggingen oppsummeres i lagmannsrettsdommen LB-2009-190618 slik:

«I utgangspunktet skal domstolsprøvingen baseres på de faktiske opplysninger som forelå på det tidspunktet utlendingsmyndighetene traff vedtaket. Senere opplysninger som belyser et faktum som allerede var kjent på vedtakstidspunktet, er partene enige om at skal tas hensyn til. Videre er det ingen uenighet om at selve vurderingen av om utlendingen er vernet mot retur, skal foretas ut fra situasjonen i dag.»

Siste setning knytter seg altså til utlendingsloven 1988 § 15, mens det for øvrig legges til grunn et alminnelig utgangspunkt om vedtakstidspunktet hvor nye bevis (opplysninger) kan trekkes inn, men ikke nye omstendigheter. Dette er i samsvar med **LB-2010-49694**.

⁵⁹ Jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 114.

EMD-praksis i utlendingssaker

Et relevant spørsmål er om EMK setter krav til hvilket tidspunkt som må legges til grunn ved faktumfastleggingen. I utlendingssaker påberopes ofte EMK artikkel 3 om vern mot tortur og EMK artikkel 8 om retten til privat- og familieliv, og det er derfor spesielt relevant å se nærmere på hvilke krav den europeiske menneskerettighetskonvensjonen stiller etter disse bestemmelsene.

EMK artikkel 3

EMK artikkel 3 sier at «[i]ngen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Bestemmelsen rammer også vedtak om utvisning hvis det for vedkommende som utvises er en «real risk» for en slik behandling eller straff i landet han eller hun returneres til.⁶⁰ Bestemmelsen stiller altså materielle krav til vedtaket, og er generelt utformet, slik at forbudet etter ordlyden gjelder til enhver tid. Ettersom domstolene har en selvstendig plikt til å ivareta bestemmelsene i EMK (Jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3), skulle ordlyden dermed tilsi at domstidspunktet legges til grunn når domstolene prøver om et vedtak er i strid med EMK art. 3. Jeg vil derfor se nærmere på hvilket tidspunkt EMD legger til grunn i sin faktumfastlegging, og om det etter EMDs praksis knyttet til artikkel 3 stilles krav til de nasjonale domstolene.

EMD Cruz Varaz v. Sweden (20.03.1991) gjaldt en klager som hadde fått avslag på søknad om politisk asyl i Sverige hvor vedkommende allerede var faktisk utvist (hans kone og barn var imidlertid igjen i Sverige). Av betydning for tidspunktet for faktumfastleggingen heter det i avgjørelsen (avsnitt 76):

«Since the nature of the Contracting States' responsibility under Article 3 (art. 3) in cases of this kind lies in the act of exposing an individual to the risk of ill-treatment, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting

⁶⁰ Vilkåret «real risk» følger av EMDs praksis. Se for eksempel EMD Chahal v. The United Kingdom (15.11.1996), avsnitt 86 første punktum.

State at the time of the expulsion; the Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequent to the expulsion. This may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party or the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears.»

EMD uttalte altså at det er det faktum som var kjent for partene ved tidspunktet for utvisning som må legges til grunn, men at EMD kan ta hensyn til informasjon (opplysninger) som kommer frem etter utvisningen og som belyser omstendighetene slik de var ved utvisningen.

At EMDs vurdering av fakta som utgangspunkt knytter seg til «the time of expulsion» er gjentatt i flere senere avgjørelser, se for eksempel EMD Saadi v. Italy (28. februar 2008), avsnitt 133. Også denne saken gjaldt en klager som ikke hadde fått innvilget søknad om politisk asyl, og som mente at utsendingen av ham var i strid med EMK artikkel 3.

Dersom vedkommende som skal utvises ennå ikke er uttransportert av landet, kan EMD imidlertid ta hensyn til omstendigheter frem til den faktiske uttransporteringen skjer.⁶¹ Dette vil kunne være tilfelle der hvor EMD anbefaler utsatt iverksettelse («interim measure») etter Rule 39 i domstolens eget regelverk, som kan benyttes overfor en medlemsstat hvis det er «imminent risk of irreparable damage» (typisk ved påstått brudd på artikkel 3), se Saadi-saken (avsnitt 133).

EMD tok i de nevnte sakene ikke stilling til hvilket tidspunkt som må være avgjørende internt i de enkelte konvensjonslandene. Når EMD uttaler at det er tidspunktet for utvisning som vurderes, er det ikke dermed klart om det er forvaltningens eller domstolens avgjørelse som skal legges til grunn. Men EMK er, som andre folkerettslige forpliktelser, en typisk resultatforpliktelse, hvor statens organer ses under ett. Det taler for at det er domstidspunktet hos de nasjonale domstoler som er avgjørende. I saker som kan utløse brudd på EMK artikkel 3, vil derfor Norge måtte legge domstidspunktet til grunn ved faktumfastleggingen.

⁶¹ Se for eksempel EMD Chahal v. The United Kingdom (15.11.96), avsnitt 86 andre punktum og 97, og EMD T.N v. Denmark (20.01.11), avsnitt 83.

I utlendingsloven 2008 skal § 28 første ledd bokstav b (jf. annet ledd) gjennomføre EMK artikkel 3. Det innebærer at ved saker etter denne bestemmelsen er det domstidspunktet som må være avgjørende, noe som uansett ville fulgt av EMK artikkel 3 direkte, jf. utlendingsloven 2008 § 4 og menneskerettsloven §§ 2 og 3.

EMK Artikkel 8

EMK artikkel 8 skal beskytte retten til privat- og familieliv. Praksis etter bestemmelsen gir anvisning på en treleddet vurdering: Først om det foreligger et inngrep etter artikkel 8 nr. 1. Isåfall må saken vurderes etter EMK artikkel 8 nr. 2, først om inngrepet har hjemmel i lov (slik lovsbegrepet er utlagt av EMD) og deretter om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn (proporsjonalitetsvurderingen), jf. artikkel 8 nr. 2.

Etter EMDs praksis drøftes problemstillingen om tidspunktet for faktumfastleggingen separat for artikkel 8 nr. 1 og artikkel 8 nr. 2. Jeg tar derfor først for meg praksis etter artikkel 8 nr. 1, deretter etter artikkel 8 nr. 2.

EMK artikkel 8 nr. 1

EMD Maslov v. Austria (23.06.2008) gjaldt spørsmålet om utvisning av en utlending fra Østerrike var i strid med artikkel 8. I vurderingen av om vedtaket overhodet var et inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 1, uttalte domstolen i avsnitt 61 at «[a]rticle 8 must be determined in the lighs of the position when the exclusion order became final».

Domstolen viser til avgjørelsen **EMD El Boujaïdi v. France (26.09.97)** avsnitt 33. I denne saken var utlendingen, El Boujaïdi, utvist fra Frankrike ved endelig avgjørelse 12. januar 1989. Utvisningen ble begjært omgjort flere ganger etter dette, men begjæringene ble avvist. Utlendingen påberopte seg forholdet til en kvinne og at han var blitt far til hennes barn i tiden etter den endelige avgjørelsen, men EMD kom til at man ikke kan bygge rett på tilknytning oppnådd i tiden etter det endelige vedtaket når utlendingen skulle vært ute av landet.

I El Boujaïdi-saken var det altså ikke et spørsmål om hvilke nye omstendigheter EMD eller nasjonale domstoler kunne ta i betraktning, men snarere et spørsmål om hvilken vekt slike etterfølgende omstendigheter skulle tillegges i den materielle vurdering etter EMK artikkel 8 nr. 1: når de nye omstendighetene innebar opparbeiding av en

tilknytning som ikke forelå på vedtakstidspunktet, så ville EMD heller ikke tillegge omstendighetene vekt i sin vurdering. Det kan tyde på at EMD ikke avskjærer nye omstendigheter uten videre, men med utgangspunkt i vedtakstidspunktet foretar en konkret vurdering av hvilken vekt de nye omstendighetene kan tillegges. Derfor kommer spørsmålet om nye omstendigheter mer sjelden på spissen etter denne bestemmelsen, siden de nye omstendighetene ofte ikke vil danne grunnlag for noen tilknytning.

EMK artikkel 8 nr. 2

I **Maslov-saken** påberopte klageren seg videre at vedtaket ikke var «necessary in a democratic society» etter EMK art. 8 nr. 2. I forholdsmessighetsvurderingen drøfter domstolen i avsnitt 91 forholdet til faktumfastleggingen etter artikkel 3 som del av en systembetragtning. Det samme utgangspunkt om «the time of expulsion» som ved tidligere avgjørelser etter artikkel 3 gjentas, og dette utgangspunkt beskrives som «the Court's established case law under article 3».

Når det gjelder artikkel 8 nr. 2 og spørsmålet om EMD kan hensynta nye omstendigheter, uttaler domstolen: «In this connection the Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion, not that of the final expulsion order» (avsnitt 93). Det er med andre ord tidspunktet for uttransportering som er avgjørende for EMD. Dette stemmer godt overens med at konvensjonen stiller krav til medlemsstatene som helhet. I så fall må det samme gjelde enn mer for de nasjonale domstoler:

«Mutatis mutandis, this would also appear to be the approach followed by the European Court of Justice which stated in its Orfanopoulos and Oliveri judgement that article 3 of Directive 64/221 precludes a national practice whereby the national courts may not take into consideration, in reviewing the lawfulness of the expulsion of a national of another Member State, factual matters which occurred after the final decision of the competent authorities (...). Consequently, in such cases it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments.» (min utheving)

Som det fremgår av EMDs avgjørelse, har EU-domstolen (European Court of Justice) tatt

standpunkt til tidspunktet for faktumfastleggingen (og legger domstidspunktet til grunn) i de forente sakene **Georgios Orfanopoulos and Others (C-482/01) and Raffaele Oliveri (C-493/01) v Land Baden-Württemberg**. Sakene gjaldt spørsmålet om utvisning var forenlig med artikkel 3 i direktiv 64/221, som gjaldt medlemslands tiltak «concerning entry into their territory, issue or renewal of residence permits, or expulsion from their territory», se avsnitt 82. Direktiv 64/221 er nå erstattet av direktiv 04/38. Hovedtrekkene er imidlertid videreført, og direktiv 04/38 er nå innarbeidet i utlendingsloven 2008 kapittel 13. Det innebærer at etter utvisningsbestemmelsene i dette kapitlet, se §§ 122 og 123, må domstidspunktet legges til grunn.

I denne avgjørelsen er det uttrykkelig uttalt at statene i sin interne rett må la domstidspunktet være avgjørende i utlendingssaker hvor det gjøres inngrep i EMK artikkel 8 nr. 1, slik at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering etter artikkel 8 nr. 2. Dette underbygger også at det samme må bli resultatet for saker som rammer artikkel 3, selv om EMD i de nevnte sakene ikke uttrykkelig har tatt stilling til hva som gjelder for statene selv.

Det var for øvrig Maslov-avgjørelsen som var anført som grunnlag for en nåtidsvurdering i Rt. 2009 s. 851. Førstvoterende tok som nevnt ikke stilling til forholdet til EMK, ettersom spørsmålet om domstidspunktet ikke ble aktualisert i saken.

4.2.4 Trygderett

Også innenfor trygderetten har spørsmålet om tidspunkt for faktumfastleggingen vært drøftet. Saken i **Rt. 2007 s. 1815** gjaldt overprøving av Trygderettens kjennelse, hvor et avslag på søknad om uførepensjon ble stadfestet. Trygderettens kjennelse ble stående, slik at staten ble frifunnet.

I avsnitt 29 uttalte førstvoterende at vedtak om rett til uføreytelser er fullt ut lovbundne avgjørelser, og at de skjønn som ligger til grunn for vedtakene er rettsanvendelsesskjønn. Domstolene har da full kompetanse, jf. også trygderettsloven § 23 første ledd. Om tidspunktet for faktumfastleggingen uttalte førstvoterende i avsnitt 33 og 34 følgende:

«Etter mitt syn må utgangspunktet for prøving av om vedtak i trygdesaker er gyldige, vere faktum slik det låg føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet. Dette er også det alminnelege utgangspunktet i forvaltningsretten, jf. her også avgjerd frå Høgsteretts kjæremålsutval innteken i Rt-2003-460. Det kan godt seiast at dette nettopp er ein følgje av at domstolane

skal stå for kontroll av forvaltningsvedtak.

Etter rettspraksis er det likevel eit visst høve til å kome med bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet.»

Dommeren begrunner altså standpunktet om vedtakstidspunktet med at det er en følge av at domstolene skal stå for kontroll av forvaltningsvedtak. Samme tankegang lå tilsynelatende til grunn når retten i **LB-2008-84594** fant det utvilsomt at det var rettsreglene på vedtakstidspunktet som måtte være avgjørende. En slik arbeidsfordeling synes med andre ord å være utgangspunktet for tidspunktet for faktumfastleggingen.

Uttalelsene er klar og dessuten generelt utformet. Det skulle dermed tale for at den bør tillegges betydelig vekt.

4.2.5 Tvangssaker

I tvangssaker etter tvisteloven kapittel 36 må gjeldende rett anses avklart gjennom konsekvent og klar rettspraksis. I slike saker skal Høyesterett foreta en full overprøving av alle sakens sider, jf. tvl. § 36-5 (3), og det er domstidspunktet som legges til grunn for faktumfastleggingen. At domstidspunktet er avgjørende følger ikke av lovteksten, men er uten videre lagt til grunn i blant annet **Rt. 1993 s. 249** og **Rt. 2001 s. 1481** (som begge var saker om tvungent psykisk helsevern), og i **Rt. 1999 s. 1883**, **Rt. 2004 s. 1683** og **Rt. 2006 s. 1672** (som alle tre var saker om omsorgsovertakelse etter barnevernloven). I Rt. 1999 s. 1883 omtales dette som «sikker rett». I disse sakene blir domstolenes kompetanse mer lik et klageorgans. Begrunnelsen for at domstolene her har full kompetanse er de særlige rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende ved vedtak som innebærer tvang. Selv om nåtidsvurderingen i rettspraksis ikke er videre begrunnet, kan de samme rettssikkerhetshensyn som begrunner full overprøvingskompetanse (også for hensiktsmessighetsskjønnet), også tjene som begrunnelse for å legge faktumfastleggingen til domstidspunktet.

4.2.6 Advokatbevilling

Også i saker om tilbakekalt advokatbevilling har domstolene full kompetanse til å prøve hensiktsmessighetsskjønnet, jf. nåværende dl. § 230 første ledd annet punktum.

Kjennelsen i **Rt. 1995 s. 386** gjaldt tilbakekalling av advokatbevilling på grunn av manglende innsending av revisorerklæring, se daværende domstoloven § 229 nr. 3 jf. § 228 (nå § 230). Saken er imidlertid spesiell fordi Høyesteretts kjæremålsutvalg etter den daværende ordningen nærmest opptrådte som klageorgan for Justisdepartementet, i den forstand at domstolsprøvingen ikke først ble foretatt i underinstansene.⁶² Da er det imidlertid desto mer overraskende at kjæremålsutvalget uttalte at det avgjørende tidspunktet for faktumfastleggingen «må være [...] da Justisdepartementet tilbakekalte [advokatens] bevilling». Tilsvarende er lagt til grunn i **Rt. 1986 s. 461**.

I motsetning til tvangssakene, hvor domstolsprøvingen fullt ut tilsvarende et klageorgans overprøving etter forvaltningsloven, begrenser domstolene her prøvingen til de forhold som forelå på vedtakstidspunktet. Dette til tross for at domstolen har full prøvingskompetanse, også for hensiktsmessighetsskjønnet, noe som tilsier at skillet mellom domstoler og forvaltning ikke lenger er opprettholdt.⁶³ Selv om tilbakekalt bevilling kan sies å utgjøre et yrkesforbud, er det imidlertid ikke de samme rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende som i tvangssaker, i alle fall ikke med samme styrke.

Før 1. januar 1997 var det Justisdepartementet som utstedte og tilbakekalte advokatbevillinger. Etter domstoloven § 230 er det nå Advokatbevillingsnemnden som har denne kompetansen. Disse vedtakene kan bringes inn for retten for alminnelig domstolsbehandling, jf. § 230 første ledd annet punktum, i motsetning til tidligere hvor tilbakekallingen kunne bringes inn for Høyesteretts kjæremålsutvalg. Behandlingen ble på denne måten «rask og diskret».⁶⁴ At man har gått bort fra ordningen med Høyesteretts kjæremålsutvalg er i forarbeidene til domstoloven blant annet begrunnet med muligheten for umiddelbar bevisføring i de lavere rettsinstanser samt at en «[s]lik behandling vil være mer i samsvar med de krav den Europeiske Menneskerettskonvensjonen stiller [...]».⁶⁵ Altså er rettssikkerhetshensyn viktige også her, og domstolene har fremdeles full kompetanse i disse sakene.

4.2.7 Legeautorisasjon

Ikke ulike sakene om advokatbevilling er saker om tilbakekalling av legeautorisasjon

⁶² Se domsslutningen: «Klagen tas ikke til følge».

⁶³ Antakeligvis har domstolene også adgang til å avsi realitetsdom i denne typen saker, se Rt. 1994 s. 118, som riktignok gjaldt den gamle ordningen.

⁶⁴ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1994-1995) s. 18.

⁶⁵ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1994-1995) s. 18-19.

etter helsepersonelloven. Disse sakene vil på samme måte innebære yrkesforbud.

LB-2006-125549 gjaldt vedtak etter helsepersonelloven 1999 § 57 om tilbakekalling av autorisasjon for en lege som hadde forgrepet seg på barn. Etter helsepersonelloven § 71 kan domstolene prøve alle sider av saken i slike saker, dermed også hensiktsmessighetsskjønnet. Om tidspunktet for faktumfastleggingen uttalte lagmannsrettens flertall:

«Når det er tale om å tilbakekalle en autorisasjon, skal det foretas en vurdering av hans egnethet som lege i dag; det vil si en nåtidsvurdering. Denne lovforståelsen har støtte i ordlyden og underbygges av de hensyn som ligger til grunn for ordningen med tilbakekall av autorisasjoner og lisenser, herunder hensynet til sikkerhet for pasienter.»

Sammenholdt med sakene om advokatbevilling kan dette kanskje virke overraskende. Premissene lest i sammenheng tyder imidlertid på at lagmannsretten sikter til *domstidspunktet* til forskjell fra *tidspunktet hvor forbrytelsene skjedde*, og ikke til forskjell fra *vedtakstidspunktet*. Dommen bør derfor ikke tas til inntekt for at domstidspunktet skal legges til grunn fremfor vedtakstidspunktet. Hensynene til pasienters sikkerhet (som anføres i dommen) vil imidlertid alltid være et argument for å legge vekt på domstidspunktet, ikke vedtakstidspunktet, uten at dommen kan sies å avgjøre dette.

En anke over dommen ble fremmet for Høyesterett, se **Rt. 2007 s. 1851**, men Høyesterett presiserte ikke spørsmålet om tidspunkt for faktumfastleggingen. En annen sak er at Høyesterett fant grunn til å kunne avsi realitetsdom i saken, se avsnitt 61.

4.2.8 Oppsummering av rettspraksis

Gjennomgangen av rettspraksis gir ikke noe entydig bilde av hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for faktumfastleggingen, men i de fleste saker har domstolene operert med vedtakstidspunktet. Det er også eksplisitt uttalt i Rt. 2007 s. 1815 at vedtakstidspunktet er det alminnelige utgangspunkt for faktumfastleggingen.

Sondringen mellom *rettsfakta* og *skjønnsfakta* ser ikke ut til å ha hatt betydning for hvorvidt doms- eller vedtakstidspunktet legges til grunn. I saker hvor domstolene kan prøve også hensiktsmessighetsskjønnet til forvaltningen, er det en tendens til at

domstidspunktet legges til grunn.

Det betyr ikke at full prøvingskompetanse innebærer at domstidspunktet uten videre legges til grunn. I saker hvor det ikke er innslag av hensiktsmessighetsskjønn er avgjørelsene fullt ut rettslig styrt og domstolene har full prøvingskompetanse. Domstolene opererer likevel med en hovedregel om vedtakstidspunktet i disse sakene.

Hovedinntrykket er at domstolene i stor grad faller ned på vedtakstidspunktet uten særlig inngående drøftelser. Standpunktet bygger særlig på avgjørelsene inntatt i Rt. 2007 s. 1815 og Rt. 2003 s. 460, uten å begrunne hvilke hensyn som gjør seg gjeldende på det aktuelle rettsområdet og for det aktuelle spørsmålet.

Avgjørelsene hvor domstolene unntaksvis har lagt domstidspunktet til grunn, er på områder hvor rettssikkerhet er spesielt viktig – tvangssaker og saker hvor hensynet til barnets beste må ivaretas. Et fellestrekk er altså at de det gjelder i begrenset grad kan ivareta egne interesser. Det er ikke uttrykkelig sagt i disse dommene at det er slike reelle hensyn som er avgjørende for standpunktet, og tilgrensende beskyttelseshensyn kan også anføres i asyl- og utvisningssaker (nærmere om hensynene i kapittel 4.3).

Særlig utlendingssakene viser at internasjonale konvensjonsforpliktelser også kan ha betydning for problemstillingen i dette kapitlet. Når det gjelder rekkevidden av de internasjonale forpliktelsene på andre rettsområder enn utlendingsretten, så er rettstilstanden mer uavklart. Særlig EMK artikkel 8 om retten til privat- og familieliv har et vidt anvendelsesområde. Det kan hende at konvensjonsforpliktelsenes art, som en resultatforpliktelse hvor staten vurderes som en enhet, vil innebære at domstidspunktet må legges til grunn også i slike saker.

4.3 Rettspolitisk vurdering

4.3.1 Materielt riktig resultat

Siden utgangspunktet de lege lata er at *vedtakstidspunktet* er avgjørende, vil jeg drøfte hvilke hensyn som taler for og imot at domstidspunktet heller bør legges til grunn.

Hovedhensynet for å legge domstidspunktet til grunn for faktumfastleggingen, er

hensynet til et materielt riktig resultat. Dette er et grunnleggende mål med behandlingen for domstolene.⁶⁶

En innvending mot dette argumentet for domstidspunktet er at når domstolene kontrollerer forvaltningsvedtak, er spørsmålet om *vedtaket* er materielt riktig. Ved å legge vedtakstidspunktet til grunn kontrolleres nettopp dette. På en annen side vil det innebære at domstolsapparatet benyttes til å fastlegge en historisk, og slik sett ikke aktuell, rettstilstand. Spørsmålet i det følgende er hvor stor vekt rollefordelingen mellom domstoler og forvaltningen skal ha sammenholdt med motstridende hensyn.

4.3.2 Domstolenes rolle

Domstolene har som den store hovedregel kun en kontrollfunksjon. Det kan hevdes at domstolene glir over på forvaltningens utøvelsesområde ved å la domstidspunktet være avgjørende ved kontroll med vedtak. Som en side av rollefordelingshensynet har Boe, som et hensyn mot realitetsdom, trukket frem at domstolene ikke skal bestemme over hodet på forvaltningen: «Domstolskontroll skal være etterfølgende, og den blir ikke bestandig det hvis domstolene skal foregripe sakens utfall og bestemme over hodet på forvaltningen».⁶⁷ Det samme kan til dels anføres mot en nåtidsvurdering av vedtaket. Likevel blir det ikke helt likt: selv om domstolene legger en nåtidsvurdering til grunn for faktumfastleggingen, foretar de fortsatt en kontroll med vedtaket, selv om vedtaket blir prøvd mot en etterfølgende omstendighet.

Hvis man ut fra et rollefordelingshensyn lar vedtakstidspunktet være bestemmende, bør i alle fall den private part ha rettslige muligheter til å ivareta sine interesser også etter vedtakstidspunktet. Det er de forvaltningsrettslige regler om omgjøring som i så fall er aktuelle, og de lege ferenda er det da spørsmål om hvor tilgjengelig denne muligheten er for den private part.

Hvis det er snakk om en tillatelse eller et gode, kan man også tenke seg at den private part

⁶⁶ Se også Robberstad (2009) s. 11-13.

⁶⁷ Boe (2002) s. 265.

søker på nytt istedenfor å be om omgjøring av det forrige vedtaket. Rettsvirkningene vil antakeligvis bli de samme: en slik søknad kan avvises hvis det ikke foreligger nye omstendigheter, i den grad en omgjøringsbegjæring kan det.

4.3.3 Omgjøring

Dersom nye omstendigheter har kommet til, vil forvaltningen regelmessig kunne omgjøre vedtaket til gunst for den private part, eventuelt fatte nytt vedtak med annet innhold, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a. De tilfeller det er snakk om her vil stort sett være til gunst for den private part. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det er flere parter, og en omgjøring kan da være til gunst for en part og til ugunst for en annen. Omgjøring på grunn av nye omstendigheter må i så fall skje etter bestemmelsen om «alminnelige forvaltningsrettslige regler», jf. forvaltningsloven § 35 siste ledd. Dette beror på en interesseavveining.⁶⁸

Av hensyn til rollefordelingen er det en bedre løsning at forvaltningen selv omgjør sitt vedtak, enn at domstidspunktet legges til grunn ved faktumfastleggingen når saken er for domstolene. Det krever imidlertid at reglene om omgjøring ivaretar den private parts mulighet til å vinne frem. Hvis forvaltningen ikke omgjør vedtaket, og den private part likevel mener de nye omstendighetene burde få betydning for vedtakets innhold, må vedkommende (igjen) gå til domstolene med krav om at beslutningen om ikke å omgjøre vedtaket er ugyldig.

Et spørsmål er om det i det hele tatt er mulig å fremme et slikt krav basert på nye omstendigheter. Gyldigheten av forvaltningens beslutning om ikke å omgjøre vil være et annet krav enn gyldigheten av det opprinnelige vedtaket, og dermed ikke rettskraftig avgjort.⁶⁹ Det er heller et spørsmål om dette kravet utgjør et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd.

⁶⁸ Se Eckhoff/Smith (2010) s. 331. Jeg går ikke nærmere inn på dette her. De gjennomgåtte avgjørelsene viser at problemstillingen stort sett dukker opp hvor omgjøring bare vil være til gunst.

⁶⁹ Se også Rt. 2007 s. 1 avsnitt 36, hvor det dog var snakk om et nytt vedtak, og formelt sett ikke en nektelse av omgjøring: «Spørsmålet nå er om Trygderetten har forstått og anvendt de ulovfestede regler om ny prøving på riktig måte, og om nytt vedtak om avslag er gyldig. Dette er åpenbart ikke rettskraftig avgjort av lagmannsretten i 2003.»

Etter nyere høyesterettspraksis er det lagt til grunn at gyldigheten av beslutning om ikke å omgjøre kan prøves for domstolene, se for eksempel Rt. 2007 s. 667, jf. Rt. 2007 s. 1 (sistnevnte gjaldt Trygderettens omgjøringsadgang). I Rt. 2007 s. 667, avsnitt 30, uttalte førstvoterende, som talsmann for en enstemmig Høyesterett, at utgangspunktet er «at et avslag på begjæring om omgjøring av et enkeltvedtak kan bringes inn for domstolene». Saken var en utlendingssak etter utlendingsloven av 1988 § 30 annet ledd bokstav b (se nå § 70), men begrunnelsen var generell. Til slutt i avsnitt 30 uttales det:

«Når det da begjæres omgjøring, kan utvisningsspørsmålet stille seg annerledes enn ved den opprinnelige behandlingen, slik som det er forutsatt i utlendingsforskriften § 126. Jeg ser ikke noe grunnlag for at domstolskontrollen med forvaltningens vedtak ikke også må gjelde i et tilfelle som vårt, hvor avslaget bygger på en fornyet vurdering både av de opprinnelige og av de nye omstendighetene i saken. Staten har da heller ikke motsatt seg dette.»

Avslag på begjæring om omgjøring må etter dette være et rettskrav etter tvisteloven § 1-3. Et spørsmål er imidlertid om man må sondre mellom avslag og avvisning. Det fremgår av sitatet at det i denne avgjørelsen dreide seg om et avslag, som altså bygde på en «fornyhet vurdering både av de opprinnelige og av de nye omstendighetene i saken». Det er mulig saken ville stått annerledes hvis det var en ren avvisning.

Hvis avvisning er et enkeltvedtak, så må det også være et rettskrav. Så lenge sakens realitet ikke blir vurdert, kan det imidlertid anføres at vedtaket ikke er «bestemmende for rettigheter og plikter» til vedkommende som begjærer omgjøring, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Det er imidlertid uttrykkelig presisert i tredje ledd at «[s]om enkeltvedtak reknes også avgjørelser som gjelder avvisning av en sak». Bestemmelsens kjerneområde er ikke begjæringer om omgjøring, men saker som avvises ved førstegangs behandling.⁷⁰ I teorien er det antatt at avvisning av en begjæring om omgjøring faller utenfor forvaltningsloven § 2 tredje ledd, og dermed

⁷⁰ Det kan sies å følge indirekte av forarbeidene, se Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) s. 36.

ikke er enkeltvedtak.⁷¹

Spørsmålet er om ikke denne sontringen mellom avslag og avvisning på begjæring om omgjøring er noe kunstig. Om begrunnelsen for forvaltningslovens regel om avvisninger heter det i forarbeidene:

«Dersom vedkommende myndighet nekter å behandle en sak, foreligger heller ingen egentlig realitetsavgjørelse, men for den enkelte vil en slik beslutning rent faktisk ha samme virkning som et avslag. Han vil derfor i slike tilfelle kunne ha behov for å angripe avgjørelsen gjennom administrativ rekurs.»⁷²

Det samme hensyn gjelder også ved begjæring om omgjøring. Når det gjelder nye omstendigheter er det også vanskelig å oppstille noe klart skille mellom avslag og avvisning. Det er en glidende overgang mellom tilfellene hvor forvaltningen avviser en begjæring fordi de nye omstendighetene ikke er relevante, og et avslag hvor de nye omstendighetene nok er relevante, men ikke endrer vedtakets innhold. Et tredje tilfelle er når forvaltningen avviser begjæringen fordi de ikke kan se at det foreligger nye omstendigheter. Det siste vil være en klar avvisning, men særlig når parten i denne forstand ikke blir trodd, vil det være behov for rettssikkerhetsgarantier.⁷³

Gjennomgangen viser at det er mulig å begjære omgjøring på grunn av nye omstendigheter, og at dette er et alternativ til en nåtidsvurdering av faktum i domstolene.

4.3.4 Oppsummering og overgang til noen unntaksregler

Spørsmålet om tidspunkt for faktumfastleggingen i domstolene bør etter dette bero på en avveining av hensynet til arbeids- og funksjonsfordelingen mellom domstoler og

⁷¹ Se Bernt (2008), note 842: «En beslutning om ikke å ta saken opp på ny, for eksempel som svar på en anmodning fra en part om omgjøring av klageinstansens vedtak, vil derimot etter lovens systematikk ikke være et enkeltvedtak.»

⁷² NUT 1958:3 s. 208.

⁷³ Det er ikke dermed gitt at enhver avvisning skal regnes som enkeltvedtak, se Stridbeck/Holmboe (2009), særlig punkt 2.1.

forvaltning, og det besvær det vil kunne innebære å få vurdert nye omstendigheter gjennom en omgjøringsprosess i forvaltningen.

Muligheten for å få hensyntatt nye omstendigheter gjennom omgjøringsreglene er ikke helt ukomplisert. En slik løsning forutsetter en del kjennskap til forvaltningsrettslige regler om omgjøring og til sivilprosessens regler om nye krav, også for prosessfullmektigene. Det kan med andre ord synes å være en regel som best kan utnyttes av ressurssterke parter. Dersom man under den første saken ikke rekker å få omgjøringsbegjæringen behandlet i forvaltningen, og dermed heller ikke får brakt et avslag inn i samme sak, vil det være upraktisk å fremme en ny sak. For det første vil en slik fremgangsmåte være både ressurs- og tidkrevende for den private, og for det andre vil det neppe være god prosessøkonomi, slik tvisteloven oppfordrer til, jf. tvisteloven § 1-1.

Gjennomgangen viser at det også er hensyn som taler for å legge til grunn en nåtidsvurdering i domstolene. Når hovedregelen ikke står så sterkt rettspolitisk, så skal det også mindre til for å oppstille unntak. Jeg vil derfor drøfte tilfeller hvor det kan være aktuelt å oppstille unntak.

I tillegg til unntakene jeg gjennomgår nedenfor vil også internasjonale konvensjoner kunne stille krav om at domstolene foretar en nåtidsvurdering, se kapittel 4.2.8.

4.3.5 Om saker hvor domstolene har lovbestemt full kompetanse

I de saker hvor domstolene har kompetanse til også å prøve hensiktsmessighetsskjønnet («alle sider av saken»), er domstolenes kompetanse gjort mer lik et ordinært klageorgan. Den primære begrunnelsen for en hovedregel om vedtakstidspunktet, rollefordelingen mellom domstolene og forvaltningen, gjør seg her ikke gjeldende med tilsvarende tyngde. I disse sakene bør man derfor som hovedregel legge domstidspunktet til grunn.

4.3.6 Om forholdet til realitetsdom

Et annet mulig unntak fra faktumfastlegging på vedtakstidspunktet er saker hvor domstolene kan avsi realitetsdom. Ved domstolskontroll med enkeltvedtak vil det normale resultatet være at domstolen konstaterer ugyldighet, altså opphever vedtaket

og sender det tilbake til ny behandling hos forvaltningsorganet. Det er bare svært sjeldent at domstolene avsier realitetsdom, altså selv avgjør det nærmere innholdet i et vedtak.⁷⁴

Spørsmålet oppstår både når forvaltningens kompetanse er lovbundet, og ved diskresjonære vedtak, men løsningen trenger ikke bli den samme. Om diskresjonære vedtak skriver Boe:

«Hensynet til å ikke gå forvaltningen i næring melder seg nå med full tyngde, likeså argumentet om at det er forvaltningens, og ikke domstolenes, sak å bestemme hva som er det materielle beste resultatet. Normalt er subsumsjonsdom derfor utelukket i disse tilfellene.»⁷⁵

I Rt. 2001 s. 995 er det uttalt at dom på positivt vedtak som den klare hovedregel krever «særskilt hjemmel» (s. 1004). Selv ved lovbundne vedtak kan det altså i utgangspunktet ikke avsies dom for realiteten. Kjennelsen er kritisert i teorien,⁷⁶ men fulgt opp i blant annet Rt. 2009 s. 170, som gjaldt vedtak om voldsoffererstatning, og hvor førstvoterende uttaler at realitetsdom først og fremst kan «komme på tale etter en konkret vurdering av enkeltsaker» (avsnitt 52).

En realitetsdom avgjør det nærmere innholdet i et vedtak. Hvis man ikke bygger på en nåtidsvurdering, risikerer man at dommen er materielt uriktig ved avsigelsen.

Slutningen i en realitetsdom tar sikte på å fastlegge den private partens materielle rettigheter overfor det offentlige, og ikke bare gyldigheten av et tidligere vedtak.

Det innebærer også at reglene om rettskraft kan gjøre det lite heldig å legge vedtakstidspunktet til grunn for faktumfastleggingen. Skjæringspunktet for en doms rettskraftsvirkning er, som nevnt i kapittel 2.1.4, når saken tas opp til doms.⁷⁷ Omstendigheter frem til saken blir tatt opp til doms, inngår altså som en del av kravet

⁷⁴ Generelt om realitetsdom, se Boe (2002) og Svensen (2003). Boe bruker terminologien «subsumsjonsdom» istedenfor realitetsdom. Den sentrale avgjørelsen er Rt. 2001 s. 995.

⁷⁵ Boe (2002) side 285.

⁷⁶ Se Boe (2002) s. 292 om at kjennelsen tross «sin generaliserende form» ikke sier mye om hva som for øvrig gjelder ut over at det ikke gjelder noen generell regel om kompetanse til å avgjøre realiteten ved prøving av forvaltningsvedtak, at det ikke er domstolenes sak å bestemme det materielle beste resultatet og at domstolene må ligge unna når forvaltningens lovanvendelse bygger på fagkyndighet eller lokalkunnskap som domstolene ikke har.

⁷⁷ Jf. Rt. 1983 s. 1242.

som blir rettskraftig avgjort. Hvis det bare er faktum frem til vedtakstidspunktet som kan legges til grunn når domstolene avsier realitetsdom, kan man tenke seg en rettsstilstand hvor det ikke er mulig å gå til ny sak om omstendigheter som er oppstått mellom vedtakstidspunktet og tidspunktet når saken tas opp til doms. Det vil være uheldig.

Der hvor vilkårene for å avsi realitetsdom er oppfylt, er det med andre ord gode grunner som taler for at domstidspunktet legges til grunn ved faktumfastleggingen. Det er også mindre betenkelig: i de tilfellene hvor det er åpnet for realitetsdom, er det jo fordi det er grunnlag for å gjøre unntak fra det prinsipielle utgangspunkt om skillet mellom domstoler og forvaltning.

4.3.7 Konklusjon

Gjennomgangen av hensyn viser at hovedregelen om vedtakstidspunktet legislativt ikke står spesielt sterkt. Slik rettspraksis fremstår ser det imidlertid ut til at det skal mye til før domstidspunktet legges til grunn. Når det likevel prosederes på domstidspunktet i en rekke dommer, så tyder det på at det er et behov for en mer avklart rettsstilstand. Ved utformingen av slike unntak er viktigheten av å oppnå et materielt riktig resultat, særlig der den private part har et særlig rettssikkerhets- eller beskyttelsesbehov, etter min mening et hensyn som i større utstrekning enn i dag bør slå igjennom overfor formelle betraktninger om rollefordeling mellom domstolene og forvaltningen.

5 Vilkår for at feil fakta skal føre til ugyldighet

5.1 Generelt

For feil i faktum har vi ingen lovbestemte ugyldighetsregler.

Ved feil i forvaltningslovens regler om saksbehandling, reguleres gyldighetsspørsmålet av forvaltningsloven § 41. Bestemmelsen gjelder altså ikke direkte for feil i faktum, selv om det er antatt at den kan ha en viss analogisk anvendelse også på andre typer feil enn saksbehandlingsfeil. Utgangspunktet for vurderingen er etter ordlyden i § 41 at et vedtak er gyldig når «det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Det kreves med andre ord en viss sannsynlighet, men ikke sannsynlighetsovervekt, for at feilen kan ha innvirket på vedtaket. Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes antitetisk; hva som nærmere skal til for å statuere ugyldighet beror på ulovfestede ugyldighetsregler.

Feil i *rettsfakta* vil ikke i seg selv medføre ugyldighet så lenge et vedtak prøves fullt ut. Da vil jo domstolene heller prøve om forvaltningen har hatt nødvendig hjemmel for å fatte vedtaket. Materiell kompetansemangel vil nesten alltid gjøre at et vedtak er ugyldig.⁷⁸

Det er imidlertid ikke gitt at subsumsjonen alltid blir gal på grunn av feil i rettsfakta, for det er ikke alltid slik at alle fakta i en sak er nødvendig for subsumsjonen. Hvis vilkåret er bredt og skjønnsmessig, slik som «uforholdsmessig» eller «legges til last», kan subsumsjonen likevel stå seg selv om enkelte deler av faktum ikke stemmer. Et eksempel er Rt. 2005 s. 117, som gjaldt vedtak om moms og båtmotoravgift på fartøyer. Et av spørsmålene var om det var noe å legge vedkommende «til last» for manglende fortolling. To av momentene som ble trukket inn i vurderingen, at kjøper ikke hadde henvendt seg direkte til tollvesenet og at han var næringsdrivende, ble av Høyesterett ikke ansett som avgjørende. Det ville derfor ikke påvirket subsumsjonen under vilkåret «legges til last» om det var en feil i disse faktamomentene.

Problemstillingen her er derfor hva som skal til før feil i *skjønnsfakta* kan føre til ugyldighet. Et spørsmål er om det er grunnlag for en analogisk anvendelse av fvl. § 41, eller om et annet vurderingstema skal legges til grunn.

⁷⁸ Se Eckhoff/Smith (2010) s. 484.

At et vedtak kan bli ugyldig på grunn av feil i skjønnsfakta, er fastslått i rettspraksis. Det følger blant annet av Rt. 1960 s. 1374, etter en utvikling i denne retning.⁷⁹ I avgjørelsen er det lagt til grunn at feil i skjønnsfakta gjør vedtaket ugyldig når feilen er «vesentlig». Saken gjaldt krav om erstatning fordi avgjørelsen om ikke å fornye drosjebevilling hvilte på sviktende faktisk grunnlag. Resultatet i saken ble at vedkommende fikk tilkjent erstatning. Om ugyldighetsspørsmålet uttalte retten (s. 1377):

«Samferdselsdepartementets beslutninger [...] hvilte på sviktende faktisk grunnlag.[...] Den svikt som det her er tale om, må etter min mening karakteriseres som vesentlig. Jeg går med andre ord ut fra at avgjørelsen måtte ha blitt en annen - at søknaden ville ha blitt innvilget - om departementet hadde hatt for seg det faktiske materiale som foreligger etter bevisførselen i rettssaken.»

Denne saken gjaldt riktignok et erstatningskrav hvor vedtakets gyldighet ble prøvd prejudisielt. Et vesentlighetskrav er imidlertid også oppstilt flere steder i teorien.⁸⁰

I teorien er det pekt på at det ofte kan være vanskelig å avgjøre om retten vektlegger feil i skjønnsfakta alene som ugyldighetsgrunn, eller om vedtaket kjennes ugyldig på grunn av brudd på forvaltningens utredningsplikt (som nå følger av forvaltningsloven § 17).⁸¹ Det siste vil være en saksbehandlingsfeil. Mellom disse to ugyldighetsgrunner er det nødvendigvis en sammenheng, fordi feil i skjønnsfakta ofte kunne vært avhjulpet ved en bredere utredning. Ved brudd på utredningsplikten gjelder gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41.

Det er imidlertid ingen nødvendig sammenheng mellom feil i skjønnsfakta og forvaltningens utredningsplikt. Forvaltningsloven § 17 oppstiller et krav om at saken skal være «så godt opplyst som mulig» (min kursiv). Bestemmelsen kan imidlertid ikke

⁷⁹ Se Frihagen (1966) s. 232-254 for denne utviklingen.

⁸⁰ Se Eckhoff (1964) s. 17, Frihagen (1966) s. 322 og Boe (1993) s. 836.

⁸¹ Se Eckhoff (1964) s. 17.

forstås etter sin ordlyd, poenget er at forvaltningen må gjøre en rimelig avveining mellom hensynet til sakens opplysning og hensynet til en effektiv saksbehandling. Vedtakets betydning for den private part står derfor sentralt i avveiningen. Relevante skjønnsfakta kan imidlertid være vanskelig tilgjengelig, slik at det ikke nødvendigvis vil være brudd på utredningsplikten selv om det foreligger feil i skjønnsfakta.

Når det er oppstilt et krav om «vesentlige» feil i skjønnsfakta som ugyldighetsbetingelse, er det naturlig å spørre seg om det ligger noe annet i vesentlighetskravet enn i om feilen har virket inn på vedtakets innhold. Umiddelbart skulle man tro det: vesentlighetskravet er en kvantitativ, og til dels skjønnsmessig, vurdering. Et innvirkningsvilkår krever imidlertid ikke en kvantitativ vurdering, men er primært et spørsmål om empirisk årsakssammenheng (selv om det også her vil være vurderingsinnslag).

Det er også fullt mulig å tenke seg at det foreligger vesentlige feil, uten at disse har innvirket på vedtakets innhold. Frihagen har i sin avhandling et illustrerende eksempel: Det har ikke betydning om forvaltningsmannen trodde søkerens tomt var på 10 000 mål mens den virkelig var på 10 mål, hvis vedtaket var et avslag på søknad om dispensasjon fra kravet om at en må ha bestått bokholderieksamen for å ta juridisk embetseksamen.⁸² Det gir imidlertid lite mening å kjenne et vedtak ugyldig på grunn av en vesentlig feil, når feilen ikke har påvirket vedtaket.

Frihagens eksempel gjelder helt utenforliggende fakta. Også når feilene i skjønnsfakta er relevante for vurderingstemaet, kan det imidlertid være forskjeller på et krav om vesentlighet og et krav om innvirkning. Man kan tenke seg en lovhjemmel som gir forvaltningen et bredt hensiktsmessighetsskjønn. Dette skjønnnet kan bli utfyllt av forvaltningsinterne retningslinjer, som oppstiller mer skarpe grenser for skjønnsutøvelsen. Slike retningslinjer kan som hovedregel ikke påberopes av den private part. En feil i skjønnsfakta kan være nokså marginal, men samtidig avgjørende etter instruksens skarpere kriterier. I så fall er det en forskjell mellom

⁸² Frihagen (1966) s. 322.

vesentlighetskravet og innvirkningskravet.

Verken i teori eller praksis er det heller hevdet at vesentlighet skal vurderes helt isolert. Slik det er uttrykt i Rt. 1960 s. 1374 innebærer vesentlighetskriteriet en vurdering av innvirkningen på vedtakets innhold. Om vesentlighetsvurderingen uttaler Frihagen: «Ledetråden og hovedregelen må i hvert fall være at det er feilens sannsynlige innflytelse på vedtakets innhold – ikke dens grovhet eller størrelse isolert sett – som skal være avgjørende».⁸³ I sin videre drøftelse kommer han til at selv om det ikke kan legges for mye i ordvalget «avgjørelsen måtte ha blitt en annen» (Rt. 1960 s. 1374), så tyder dommen likevel på at «det kreves en større grad av sannsynlighet for at faktisk villfarelse har påvirket vedtakets innhold enn ved saksbehandlingsfeil, for at vedtaket skal bli [u]gyldig.»⁸⁴

I Rt. 2009 s. 851 var det klart at feilen hadde virket inn, og da ble resultatet ugyldighet: se avsnitt 86, hvor førstvoterende fant det «[...] klart at feilen kan ha virket bestemmende inn på avgjørelsens innhold. Dette innebærer at vedtakene [...] må kjennes ugyldig». Avgjørelsen sier ingenting om den *nedre grensen* for ugyldighet. Den tyder likevel på at det i hvert fall ikke gjelder noe strengere krav for å statuere ugyldighet ved feil i skjønnsfakta enn ved saksbehandlingsfeil.

Kjernen synes uansett å være at man vurderer feilens innvirkning på vedtakets innhold. Å betegne ugyldighetskravet ved feil i skjønnsfakta som et vesentlighetskrav, er etter min oppfatning mer tilslørende enn oppklarende, og er heller ikke lagt til grunn i Rt. 2009 s. 851.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å fastslå at feilen i skjønnsfakta kan ha innvirket på vedtakets innhold; dette er kun et inngangsvilkår. Som ved saksbehandlingsfeil og andre ugyldighetsgrunner blir det også for faktiske feil en helhetsvurdering av om feilen skal tillegges virkning, slik at vedtaket er ugyldig. Momenter under denne

⁸³ Frihagen (1966) s. 323.

⁸⁴ Frihagen (1966) s. 326.

helhetsvurderingen er blant annet om parten kan bebreides for feilen, om vedtaket er til gunst eller ugunst, om noen har fått en rett og om det er gått lang tid siden vedtaket er truffet.⁸⁵ Sannsynligheten for innvirkning vil imidlertid vektlegges også i denne vurderingen, slik at det kanskje ikke er strengt nødvendig å fastlegge om det gjelder et skjerpet sannsynlighetskrav («vesentlig») ved feil i skjønnsfakta.

5.2 Særlig om prognosepregede fakta

Enkelte vedtak bygger på forutsigelser om en fremtidig utvikling, såkalte prognoser. Slike hypoteser om faktum kan i ettertid vise seg å være feil. Spørsmålet her er når feilslåtte hypoteser gjør at et vedtak er ugyldig. I teorien er det lagt til grunn at et vedtak som bygger på en slik hypotese, blir ugyldig først når hypotesen var «uforsvarlig» da den ble lagt til grunn.⁸⁶

Juridisk teori bygger på enkelte avgjørelser fra rettspraksis, særlig Rt. 1961 s. 554, Rt. 1962 s. 805 og Rt. 1982 s. 241. I den første drøftes ikke kravet til forsvarlighet spesielt (s. 558-559). I Rt. 1962 s. 805 uttales det om prognosen (s. 809):

«Om disse argumenter er å si at de fleste av dem bygger på en skjønnsmessig vurdering - til dels en prognose - som unndrar seg en eksakt prøvelse. Allerede av denne grunn er det etter min mening lite treffende når byretten betegner dem som 'ubevisste påstander'. Problemet er i virkeligheten også her om Omsetningsrådet har utøvet et forsvarlig skjønn, et spørsmål som jeg nå går over til å behandle.»

Det fremgår også av dommen at hjemmelen ga forvaltningen et hensiktsmessighetsskjønn, og at saken dreide seg om prøving av dette skjønnnet.

Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken) gjaldt regulering av Alta-vassdraget, og deler av saken

⁸⁵ Se Eckhoff/Smith (2010) s. 496-498. Se også Eckhoff (1964) s. 17 (beskrevet som hva som blant annet må kreves under vesentlighetsvurderingen).

⁸⁶ Se Boe (1993) s. 685 og Eckhoff/Smith (2010) s. 430.

handlet om mulige skadevirkninger ved en utbygging (altså prognoser). Førstvoterende formulerte prøvingen av disse slik (s. 266):

«I og med at det her dreier seg om prognoser som etter sin art vil være forbundet med usikkerhet, må saksbehandlingen være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de må foretas. Er prognosene forsvarlige, vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser.

Som før nevnt kan mulige feil ved saksbehandlingen bare lede til ugyldighet dersom feilen kan ha virket inn på innholdet av reguleringsvedtaket.»

Også her dreide det seg imidlertid om et hensiktsmessighetsskjønn (s. 257). Slik førstvoterende ordlegger seg, kategoriseres det som en saksbehandlingsfeil hvis prognosen er uforsvarlig på det tidspunktet den ble foretatt. Det blir da en alminnelig ugyldighetsvurdering etter forvaltningsloven § 41 i disse tilfellene. Hvis derimot prognosen bygger på en gal vurdering av foreliggende fakta, og ikke utøvelsen av prognosen, må § 41 eventuelt anvendes analogisk (se kapittel 5.1).

En nyere avgjørelse med innslag av prognoser er Rt. 2009 s. 851, som gjaldt fornyet oppholdstillatelse etter utlendingsforskriften 1990 § 37. Ifølge dommen er dette en spesifisering av kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd, og dermed et hensiktsmessighetsskjønn. Vurderingstemaet i utlendingsforskriften § 37 sjette ledd er om utlendingen «vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der». Førstvoterende uttaler i avsnitt 49 at «[e]n prognose om den framtidige utvikling må være basert på opplysninger om fakta, og det er dette faktiske grunnlaget for prognosen – om saken er avgjort på et riktig og tilstrekkelig omfattende faktisk grunnlag – som lagmannsretten har vurdert, og som jeg i det følgende vil se nærmere på».

Slik det uttrykkes i dommen, så må man altså skille fra hverandre fakta som ligger til grunn for prognosen og selve prognosen. Selve prognosen hørte til hensiktsmessighetsskjønnet.

Gjennomgangen viser at alle avgjørelsene gjelder hensiktsmessighetsskjønn, hvor prognosen inngår i selve skjønnnet. Prøvingen av denne prognosen foregår på samme måte som ved prøving av hensiktsmessighetsskjønn ellers, og det er kanskje ikke grunnlag for å oppstille noen særregel for prognosepregede fakta på bakgrunn av disse avgjørelsene. Skjønnnet må imidlertid være forsvarlig.

Det kan imidlertid tenkes at *nye omstendigheter* mellom vedtakstidspunktet og domstidspunktet viser at prognosen var gal. Etter mitt syn burde ikke det behandles annerledes enn andre tilfeller hvor det har kommet til nye omstendigheter. Som hovedregel må man altså begjære omgjøring overfor forvaltningen (se kapittel 4).

Men særlig der hvor vurderingstemaet klart gir anvisning på en prognose, kan det også gi domstolene hjemmel for å gjøre en nåtidsvurdering av faktum, selv om selve prognosen ikke prøves. En slik hjemmel for å legge domstidspunktet til grunn er kanskje mest praktisk ved rettsanvendelsesskjønn, fordi det da fremgår klarere av loven hva skjønnnet skal gå ut på. Man kan med andre ord se dette som et eksempel på de tilfeller hvor hjemmelsgrunnlaget gir domstolene holdepunkter for å gjennomføre en nåtidsvurdering. Typisk er utlendingsloven 2008 § 73, som nettopp gir anvisning på en prognose og en nåtidsvurdering.

Et annet eksempel kan være skatterettens sontring mellom næringsinntekt og hobbyvirksomhet. Det er skattepliktig næringsinntekt hvis virksomheten objektivt sett er egnet til å gi overskudd, jf. Rt. 1985 s. 319, noe som er et rettsanvendelsesskjønn. Om vurderingen sa førstvoterende (s. 323):

*«De resultater av driften som foreligger, viser etter min mening - selv med reservasjoner for riktigheten av de enkelte utgiftsposter - at det her ikke var rimelig mulighet for at driften kunne komme over på overskudd, selv på sikt, **noe som for øvrig er bekreftet ved de senere års drift.**»* (min utheving)

5.3 Ugyldighetsvirkningen – ex nunc eller ex tunc?

Spørsmålet om tidspunktet for faktumfastleggingen har også en side mot om ugyldighet konstateres ex nunc, altså fra domstidspunktet, eller om ugyldighetsvirkningen inntrådte allerede da vedtaket ble fattet (ex tunc).

Sontringen mellom ugyldighet ex nunc og ex tunc har også sammenheng med spørsmålet om ugyldige vedtak er en nullitet eller om det bare er angripelig. Vedtak

som er en nullitet kan man uten videre se bort fra, «det betraktes som ikke-eksisterende». Angripelige vedtak «står ved lag, inntil de blir satt til side ved dom eller nytt forvaltningsvedtak». ⁸⁷

I teorien regnes ugyldige påbud og forbud som hovedregel som nulliteter. Det samme gjør ugyldig vedtak om tilbakekalling av tillatelse. Ugyldige tillatelser eller fritagelser regnes derimot som angripelige. ⁸⁸

Disse følgene er altså noe annet enn fra hvilket tidspunkt det ugyldige vedtaket får virkning – også angripelige vedtak kan få virkning ex tunc. På en annen side vil vel vedtak som er nulliteter alltid være ugyldige ex tunc.

Sondringen mellom ugyldighet ex nunc og ex tunc er ikke særlig omhandlet i teorien. ⁸⁹ Poenget i denne sammenheng er at dersom domstolene tar hensyn til nye omstendigheter, kan et vedtak på grunn av faktiske feil ikke være ugyldig ex tunc. Dersom ugyldigheten beror på slike nye omstendigheter, inntreer ugyldighetsvirkningene tidligst samtidig med de nye omstendighetene. Det innebærer også at slike vedtak ikke kan være en nullitet på vedtakstidspunktet, fordi de da ikke er ugyldige. En kan jo spørre seg om slike vedtak da i det hele tatt er nulliteter, eller uansett må angripes, selv om det skulle dreie seg om påbud eller forbud.

⁸⁷ Eckhoff/Smith (2010) s. 501 og 502.

⁸⁸ Se Eckhoff/Smith (2010) s. 502 og 503.

⁸⁹ Se likevel Bernt (2008), note 844, som drøfter når virkningen av omgjøringsvedtak inntreer.

6 **Registre**

6.1 Litteratur

- Bernt (2008)* Bernt, Jan Fridthjof: *Kommentar til forvaltningsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon, www.rechtsdata.no (hovedrevidert 2008).
- Boe (1993)* Boe, Erik: *Innføring i juss bind 2*. Oslo, 1993.
- Boe (2002)* Boe, Erik: «Subsumsjonsdom – Domstolenes kompetanse til å bestemme utfallet av en rettstvist når forvaltningen har truffet ugyldig forvaltningsvedtak». I: *Lov og Rett* 2002 s. 259.
- Boe (2007)* Boe, Erik: «Hvem bestemmer, domstolene eller forvaltningen». I: *Lov og Rett* 2007 s. 67.
- Eckhoff/Helgesen (2001)* Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E.: *Rettskildelære*. 6. utgave. Oslo, 2001.
- Eckhoff/Smith (2010)* Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*. 9. utgave. Oslo, 2010.
- Eng (2007)* Eng, Svein: *Rettsfilosofi*. 1. utgave. Oslo, 2007.
- Frihagen (1966)* Frihagen, Arvid: *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*. Oslo, 1966.
- Graver (2007)* Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utgave. Oslo, 2007.
- Hov (2010)* Hov, Jo: *Rettergang II*. 3. utgave. Oslo, 2010.

- Mæland (2009)* Mæland, John Henry: *Kort prosess*. 2. revidert utgave. Bergen, 2009.
- Nisja/Reusch (2009)* Nisja, Ola og Reusch, Christian: «Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer». I: Jussens Venner 2009 s. 254.
- Robberstad (2009)* Robberstad, Anne: *Sivilprosess*. Bergen, 2009.
- Skjerdal (1998)* Skjerdal, Nicolai V.: *Kvalitative hjemmelskrav*. Oslo, 1998.
- Stridbeck/Holmboe (2009)* Stridbeck, Ulf og Holmboe, Morten: «'Det er einskilde som ikkje skjønner kor viktig det er å ha ei sak' – Misbruk av forvaltning og rettsapparat. Hva bør gjøres?». I: Lov og Rett 2009 s. 146.
- Svensen (2003)* Svensen, Thomas K.: «Rt. 2001 s. 995 – domstolenes kompetanse til å gi dom for realitet». I: Lov og Rett 2003 s. 94.

6.2 Rettspraksis

Retstidende:

Rt. 1925 s. 896
Rt. 1949 s. 564
Rt. 1951 s. 19
Rt. 1960 s. 1374
Rt. 1961 s. 554
Rt. 1962 s. 805
Rt. 1963 s. 996
Rt. 1975 s. 603
Rt. 1982 s. 241
Rt. 1983 s. 1242
Rt. 1985 s. 319
Rt. 1986 s. 461
Rt. 1987 s. 1154
Rt. 1988 s. 539
Rt. 1993 s. 249
Rt. 1994 s. 118
Rt. 1995 s. 386
Rt. 1995 s. 1427
Rt. 1999 s. 1883
Rt. 2001 s. 995
Rt. 2001 s. 1481
Rt. 2002 s. 320

Rt. 2003 s. 460
Rt. 2004 s. 830
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2005 s. 117
Rt. 2005 s. 229
Rt. 2005 s. 238
Rt. 2006 s. 1245
Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2007 s. 1
Rt. 2007 s. 257
Rt. 2007 s. 667
Rt. 2007 s. 1573
Rt. 2007 s. 1815
Rt. 2007 s. 1851
Rt. 2008 s. 681
Rt. 2008 s. 688
Rt. 2008 s. 833
Rt. 2009 s. 170
Rt. 2009 s. 534
Rt. 2009 s. 560
Rt. 2009 s. 851
Rt. 2009 s. 1374

Upubliserte avgjørelser:

HR-2009-288-U
HR-2010-711-U

LB-2003-8771
LB-2008-84594
LB-2008-195109
LB-2006-125549
LB-2009-190618
LB-2010-49694
LB-2010-70479

Oslo tingretts sak 02-8717
A/57

Oslo tingretts sak
10-061853TVI-OTIR/07

EMD-praksis:

EMD Cruz Varaz v. Sweden (20.03.1991)

EMD Chahal v. The United Kingdom (15.11.1996)

EMD El Boujaïdi v. France (26.09.1997)

EMD Saadi v. Italia (28.02.2008)

EMD Maslov v. Austria (23.06.2008)

EMD T.N. v. Denmark (20.01.2011)

EU-domstolen (daværende EF-domstolen)

Forente saker Georgios Orfanopoulos and Others (C-482/01) and

Raffaele Oliveri (C-493/01) v. Land Baden-Württemberg

6.3 Forarbeider

NUT 1958:3	Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning
NOU 2001:32	Rett på sak
Ot.prp. nr. 38 (1964-65)	Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Ot.prp. nr. 29 (1990-1991)	Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)
Ot.prp. nr. 39 (1994-1995)	Om lov om endringer i domstolloven mm (disiplinær- og tilsynsordninger for advokater)
Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)	Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)